

**Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México**

**Documento de Trabajo**

**No. 101 (Octubre, 2007)**

**Los Juicios Orales en México:  
una propuesta de reforma\***

**Miguel Carbonell (IIJ-UNAM).**

**Enrique Ochoa Reza (Facultad de Derecho-UNAM).**

1. Introducción.

La reforma completa del sistema penal mexicano requiere de un proceso de reingeniería que se mueve en varios niveles y planos: abarca desde la reforma constitucional, la emisión de nuevos códigos legislativos, la capacitación del personal que va a operar la reforma en la práctica (lo que incluye, desde luego, la capacitación de los futuros abogados), la generación de la infraestructura necesaria para llevar a cabo las audiencias de juicio oral, la creación de un cuerpo de peritos que permita contar con una investigación científica de los hechos delictivos, el diseño de un sistema de medidas alternativas al juicio y de los correspondientes mediadores o de jueces de garantía que lo hagan funcionar, etcétera.

Realizar aunque sea una somera descripción de todos esos asuntos rebasa con mucho el objetivo del presente ensayo, por lo que nos limitaremos a aportar algunas ideas en el plano más general: el que corresponde a las reformas que requiere nuestra Carta Magna en la materia<sup>1</sup>.

Pensamos que hacer un planteamiento en este nivel es necesario y además puede ser útil, al menos, por las siguientes razones:

---

\* Agradecemos a RENACE ABP y a Proderecho el apoyo para la redacción del presente ensayo. En particular, reconocemos lo mucho que nos han ayudado Enrique Canales y Lucy Tacher, incansables promotores de los cambios que necesita el sistema de justicia penal mexicano.

<sup>1</sup> Hemos realizado una reflexión más amplia sobre el tema en Carbonell, Miguel y Ochoa Reza, Enrique, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales en México?*, México, Porrúa, UNAM, RENACE, Proderecho, 2007.

a) tal como está hoy en día la Constitución mexicana, recoge muchos rasgos del sistema inquisitivo o inquisitivo-mixto, con lo cual se dificulta que el legislador federal o local genere los estándares internacionalmente reconocidos en materia de juicios orales y debido proceso legal (seamos claros: no estamos diciendo que la Constitución “impida” el surgimiento por vía legislativa de un sistema de juicios orales, sino simplemente que lo hace más difícil y, en todo caso, no lo propicia en modo alguno);

b) una reforma que impulse desde la Constitución al sistema de juicios orales tendría la ventaja de ofrecer condiciones más o menos parecidas para todos los niveles de gobierno, de tal forma que sería muy probable que se evitaran los errores que se han cometido en otras materias y que, a la postre, han terminado requiriendo de ulteriores reformas constitucionales; nos referimos en concreto al proceso de discusión y diseño legislativo del derecho de acceso a la información y de la transparencia gubernamental, que se inicia con la expedición de las leyes de la materia a partir del año 2002 y se ve coronado con una reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de julio de 2007. Nosotros pensamos que la ruta correcta es la inversa: comenzar desde el marco constitucional para luego expedir las leyes, y no al revés. Partir de la reforma legal tiene el problema de que cada poder legislativo entiende una cosa diferente al momento de definir el objeto de la regulación jurídica detallada, tal como lo acredita suficientemente la experiencia del derecho de acceso a la información<sup>2</sup>.

Ahora bien, una reforma constitucional, en el marco del federalismo mexicano, debe ser capaz de diseñar la ruta a seguir, sin imponer de forma restrictiva un único modelo de proceso penal. La diversidad legislativa propia del Estado federal también puede y debe manifestarse al momento de establecer en cada entidad federativa y a nivel de los poderes de la Federación las peculiaridades que, dentro del marco general establecido por la Constitución, estimen pertinentes los legisladores. En otras palabras: diseñar desde la Constitución las bases de los juicios orales y del debido proceso legal no supone, en modo alguno, ponerles una camisa de fuerza a las entidades federativas. El marco constitucional es simplemente la base mínima compartida que deberá tener el proceso penal; pero dentro de ese marco corresponde al legislador ordinario tomar las decisiones que mejor se ajusten

---

<sup>2</sup> Carbonell, Miguel, *La reforma constitucional en materia de transparencia: retos y perspectivas*, Zacatecas, Comisión Estatal de Acceso a la Información Pública, 2007.

a su propia realidad. Las decisiones legislativas pueden nutrirse provechosamente de la experiencia del derecho comparado, ya sea tomando en cuenta lo que se ha realizado en distintas entidades federativas de la República, ya sea considerando la experiencia internacional<sup>3</sup>.

Lo que debe quedar claro es que una reforma constitucional en materia de juicios orales nos permite alcanzar dos objetivos: a) que todos caminemos en la misma dirección y b) que todos caminemos al mismo tiempo, de modo que nadie se quede atrás en el proceso de transformación de nuestro proceso penal.

Una vez que se han hecho estas consideraciones generales es momento de revisar puntualmente las reformas que, en nuestro criterio, es necesario realizar en nuestro marco constitucional.

## 2. Proceso penal y derecho penal sustantivo.

Aunque pudiera parecer que la reforma del proceso penal mexicano debería referirse a cuestiones meramente procesales, lo cierto es que debe ir acompañada o anudada a una serie de cambios que afectan a la parte sustantiva del derecho penal.

Un mejor proceso penal requiere, exige, necesita un mejor derecho penal sustantivo. Las dos cuestiones van de la mano, se apoyan de manera recíproca y solamente su mejoramiento conjunto nos permitirá obtener buenos resultados. Como lo ha señalado Ferrajoli, “las garantías penales pueden, a su vez, considerarse necesarias para garantizar juicios que no sean arbitrarios... tanto las garantías penales como las procesales valen no sólo por sí mismas, sino también unas y otras como garantía recíproca de su efectividad”<sup>4</sup>.

Una adecuada cultura jurídica del proceso penal no se podrá generar sin un derecho penal sustantivo que se construya bajo esquemas de racionalidad, sensatez y uso limitado del *ius puniendi* del Estado. En este contexto vale la pena preguntarse: ¿qué principios de derecho penal sustantivo debería recoger la Constitución mexicana para alcanzar tales objetivos? Creemos que, al menos, la Constitución debería contener dos mandatos dirigidos al

---

<sup>3</sup> Sobre este último aspecto, Carbonell Miguel y Ochoa Reza, Enrique, “La reforma penal y el derecho comparado. Notas sobre el caso de Chile”, *Documento de trabajo*, IIJ-UNAM, octubre de 2007, así como Carbonell, Miguel y Ochoa Reza, Enrique, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales en México?*, cit, capítulo III.

<sup>4</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995, p. 537.

legislador: el principio de lesividad y el principio de proporcionalidad. Además, podría contribuir a racionalizar el sistema penal la incorporación de una “reserva de Código Penal”. Analicemos cada uno de estos tres aspectos.

#### A) Principio de lesividad.

Mediante la introducción a nivel constitucional del principio de lesividad se buscaría asegurar que el legislador no considerara como delito más que aquellas conductas que lesionan bienes jurídicos de relevancia constitucional o derechos fundamentales. De esta forma se evitaría la tentación de algunos legisladores para reconducir penalmente conductas que pueden ser indeseables o nocivas pero que admiten una sanción diferente a la penal.

Además, mediante el principio de lesividad podría exigirse al legislador un ejercicio de justificación objetivo al momento de determinar qué conductas caen bajo la esfera de regulación penal.

No olvidemos que cualquier sistema penal garantista debe considerar como penalmente reprochables solamente aquellas conductas que, por sus efectos, sean más lesivas a los intereses y derechos de terceros. Solamente dichos efectos lesivos son los que justifican y legitiman el ejercicio de la represión penal de cierta conducta. De hecho, en términos generales el derecho penal se legitima y se justifica solamente si es capaz de lograr un doble efecto: a) prevenir la comisión de conductas delictivas y b) prevenir la realización de sanciones informales, a través de la venganza y las demás formas de violencia extra-institucional que pueden darse en ausencia de una institucionalidad penal encargada de procesar y, en su caso, sancionar las conductas delictivas<sup>5</sup>.

El principio de lesividad evitaría considerar como delitos los comportamientos meramente inmorales, los estados de ánimo que en algún tiempo se han considerado como pervertidos, hostiles o peligrosos, así como todas aquellas conductas que no se proyectaran causando un daño a intereses, bienes, valores o derechos constitucionalmente relevantes. Los delitos sin daño estarían constitucionalmente prohibidos; es el caso de los delitos que castigan las ofensas a entidades abstractas como la personalidad del Estado, los símbolos nacionales o la moralidad pública. También estarían prohibidos aquellos delitos de bagatela, que

---

<sup>5</sup> Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, tomo II, Roma, Laterza, 2007, p. 356.

deberían ser considerados como meras contravenciones administrativas, además de los delitos de peligro abstracto o presunto y todos aquellos que estuvieran descritos en términos vagos o indeterminados, caracterizados unos y otros por el carácter altamente hipotético y hasta improbable del resultado lesivo<sup>6</sup>.

Ferrajoli explica que la exigencia de la lesividad ya estaba presente en el pensamiento de Aristóteles y de Epicuro, así como en toda la filosofía penal de la Ilustración (Hobbes, Pufendorf, Locke, Beccaria, Bentham, etcétera)<sup>7</sup>. El mismo Ferrajoli explica que “Históricamente, por los demás, este principio (se refiere al de lesividad) ha jugado un papel esencial en la definición del moderno Estado de derecho y en la elaboración, cuando menos teórica, de un derecho penal mínimo, al que facilita una fundamentación no teológica ni ética, sino laica y jurídica, orientándolo hacia la función de defensa de los sujetos más débiles por medio de la tutela de derechos e intereses que se consideran *necesarios o fundamentales*”<sup>8</sup>.

El principio de lesividad, además, serviría para reforzar la exigencia de taxatividad que actualmente ya figura en el párrafo tercero del artículo 14 de la Constitución mexicana, por virtud del cual los textos que contengan normas penales tienen que describir claramente las conductas que están regulando y las sanciones penales que se pueden aplicar a quien las realicen.

La taxatividad es una especie del genérico principio de legalidad en materia penal y tiene por objeto preservar la certeza jurídica (que a su vez es una especie de la seguridad jurídica) y la imparcialidad en la aplicación de la ley penal<sup>9</sup>. Del principio de taxatividad penal no puede desprenderse la *cantidad* de penalización que un ordenamiento puede imponer a ciertas conductas ni tampoco el número de conductas que pueden caer bajo la consideración de las leyes penales; lo que sí asegura la taxatividad es que toda regulación penal tenga cierta *calidad*, de forma que sea clara y pueda ser comprendida por sus destinatarios. La taxatividad, como lo indica Ferreres, “no se refiere a la ‘cantidad’ de libertad, sino a su ‘calidad’: garantiza que la libertad individual se pueda desplegar dentro de fronteras

---

<sup>6</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, cit., p. 475.

<sup>7</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, cit., pp. 466-467.

<sup>8</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, cit., p. 467. Otras aportaciones del propio Ferrajoli sobre el tema pueden verse en su libro *Derecho penal mínimo y otros ensayos*, presentación de Miguel Carbonell, Aguascalientes, Comisión Estatal de Derechos Humanos, 2006.

<sup>9</sup> Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva jurisprudencial)*, Madrid, Civitas, 2002, p. 21.

seguras”<sup>10</sup>. Para regular la “cantidad” de conductas que se pueden criminalizar y la “cantidad” de sanción que se puede imponer a quienes las realicen se utiliza el criterio de proporcionalidad, al que nos referiremos enseguida.

De acuerdo con lo anterior, violarían el principio de taxatividad penal todas las disposiciones legislativas que sancionaran penal o administrativamente una conducta vagamente descrita o aquellas que dispusieran consecuencias jurídicas también indeterminadas. Al suponer una exigencia de que las normas penales se refieran a una lesión objetiva, material, evidente, de un bien jurídico de relevancia constitucional, resulta obvio que el principio de lesividad empata y refuerza al principio de taxatividad que ya está constitucionalmente previsto.

Ahora bien, bajo el principio de lesividad la determinación de que una conducta pueda ser penalmente relevante no estará determinada solamente por la afectación que tal conducta realice sobre bienes, valores o derechos constitucionalmente protegidos, sino que además la prohibición penal tendrá que ser “idónea”, es decir, tendrá que servir para desplegar un cierto efecto intimidante. Si tal efecto no se realizara al menos en un cierto grado el derecho penal tendría que abandonar la pretensión de prohibir cierta conducta. Ferrajoli pone como ejemplo de conductas que no deberían estar penalmente reguladas, por no ser la prohibición penal idónea para impedir la conducta, el aborto, el adulterio, la mendicidad, la evasión de presos y la tóxico-dependencia. Para Ferrajoli “está claro que si la cantidad de hechos no penalizados no supera de forma relevante la de los penalizados, la introducción o la conservación de su prohibición penal no responde a una finalidad tutelar de bienes que, más aún, resultan ulteriormente atacados por la clandestinización de su lesión, sino a una mera afirmación simbólica de ‘valores morales’, opuesta a la función protectora del derecho penal”<sup>11</sup>.

De la anterior afirmación de Ferrajoli cabe desprender al menos dos reflexiones. La primera es que en contextos socio-jurídicos que mantienen altas tasas de impunidad (como sucede en el caso de México), la cantidad de conductas penalmente prohibidas que no son sancionadas puede llegar a ser muy alta respecto de una gran variedad de delitos. La segunda reflexión tiene que ver con el efecto “clandestinizador” que puede tener el uso del

---

<sup>10</sup> Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal...*, cit., p. 45.

<sup>11</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, cit., p. 473.

derecho penal; ningún ejemplo más claro al respecto que el de la prohibición del aborto, con el agravante de que no solamente clandestiniza, sino que lo hace afectando solamente a las mujeres, y además a las mujeres que son pobres.

Como quiera que sea, la constitucionalización del principio de lesividad sería el primer paso hacia el ideal ilustrado de un “derecho penal mínimo” que estuviera regido, en su base, por una idea clara del bien jurídico que debe protegerse penalmente y por una noción igualmente idónea acerca de la mejor forma de hacerlo<sup>12</sup>.

## B) Principio de proporcionalidad.

Recordemos de forma sumaria que el principio de proporcionalidad exige que cualquier determinación de una autoridad que restrinja los derechos fundamentales es aceptable en caso de que no vulnere el contenido esencial del derecho de que se trate y siempre que sea proporcional. En términos generales podemos afirmar que una medida que afecte un derecho fundamental (por ejemplo el derecho de libertad personal), es proporcional si respeta los siguientes tres sub-principios a través de los cuales se articula precisamente el principio de proporcionalidad<sup>13</sup>: a) el subprincipio de idoneidad<sup>14</sup>, también conocido como subprincipio de adecuación, según el cual toda intervención legislativa o judicial sobre un derecho fundamental debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo (la finalidad debe tener anclaje constitucional); b) subprincipio de necesidad<sup>15</sup>, según el cual toda medida de intervención sobre un derecho fundamental debe ser la más benigna de entre todas aquellas que revistan por lo menos la misma idoneidad para alcanzar el objetivo previsto; c) subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto<sup>16</sup>, según el cual la importancia de la intervención sobre un derecho fundamental se justifica solamente en virtud de la importancia del fin que persigue la medida (las ventajas de la medida deben ser suficientes como para compensar el sacrificio del derecho, que nunca podrá llegar hasta la afectación del contenido esencial).

---

<sup>12</sup> Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., tomo II, p. 357.

<sup>13</sup> La mejor explicación de este principio en lengua castellana, hasta donde nuestra información alcanza, es la de Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003.

<sup>14</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 687.

<sup>15</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 734.

<sup>16</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 757.

¿Cómo se aplica lo anterior a las leyes en materia penal? La reflexión sobre este tema debe partir del hecho de que cualquier ley penal supone una intervención en los derechos fundamentales, concretamente sobre el derecho de libertad según el cual toda persona puede hacer todo aquello que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico. La proporcionalidad supone un límite a la “cantidad” de prohibiciones que el legislador puede establecer así como a la cantidad de “penalización” que se puede determinar para una conducta penalmente regulada. Es decir, la proporcionalidad en materia penal vendría dada por el monto de la sanción que el legislador decide imponer para la realización de X o Y conducta.

La proporción que debe existir entre los delitos y las penas había sido advertida ya por Beccaria, quien señalaba de forma tajante que debe “haber una proporción entre los delitos y las penas”. Esta necesidad surge, para el autor, de la siguiente consideración: “Si el placer y el dolor son los motores de los entes sensibles, si entre los motivos que impelen a los hombres aun a las más sublimes operaciones, fueron destinados por el invisible legislador el premio y la pena, de la no exacta distribución de éstas nacerá aquella contradicción (tanto menos observada, cuanto más común) que las penas castiguen los delitos de que hayan sido causa. Si se destina una pena igual a los delitos que ofenden desigualmente la sociedad, los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen en él unida mayor ventaja”.

A partir de la proporcionalidad se puede enjuiciar tanto el límite mínimo como el límite máximo de la pena establecida para cierto delito. Es decir, la proporcionalidad puede ser vulnerada tanto porque la pena máxima es muy alta como por el hecho de que lo sea la pena mínima. Para Ferrajoli la pena mínima debería de quedar prácticamente abierta en la ley a lo que dispusiera el juez; “a mi juicio –escribe Ferrajoli-, al menos para las penas privativas de libertad no está justificada la estipulación de un mínimo legal: sería oportuno, en otras palabras, confiar al poder equitativo del juez la elección de la pena por debajo del máximo establecido por la ley, sin vincularlo a un límite mínimo o vinculándolo a un límite mínimo bastante bajo”<sup>17</sup>. Sin embargo, en términos generales nuestro autor sostiene que la pena mínima debe ser más desventajosa que la ventaja que se obtiene de cometer un delito, pues

---

<sup>17</sup> *Derecho y razón*, cit., p. 400.

de otra manera la pena sería vista como una especie de *tasa* que se tendría que cubrir por el responsable de la conducta delictiva, lo que le quitaría cualquier pretensión disuasoria<sup>18</sup>.

Por lo que hace al límite máximo de la pena, Ferrajoli considera que no debe superar a la violencia informal que en su ausencia sufriría el reo por la parte ofendida o por otras fuerzas más o menos organizadas, aunque reconoce que este criterio no se presta para una comparación precisa entre la cantidad de pena que se asigna a un delito y la cantidad de pena que se asigna a otro<sup>19</sup>. La consideración de conjunto que el autor hace sobre el límite máximo que puede tener una pena para no romper el principio de proporcionalidad se contiene en el siguiente párrafo<sup>20</sup>:

Aunque sea imposible medir la gravedad de un delito singularmente considerado, es posible, por tanto, afirmar, conforme al principio de proporcionalidad, que desde el punto de vista interno, si dos delitos se castigan con la misma pena, es que el legislador los considera de gravedad equivalente, mientras que si la pena prevista para un delito es más severa que la prevista para otro, el primer delito es considerado más grave que el segundo. De ello se sigue que si desde el punto de vista externo dos delitos no son considerados de la misma gravedad o uno se estima menos grave que el otro, es contrario al principio de proporcionalidad que sean castigados con la misma pena o, peor aún, el primero con una pena más elevada que la prevista para el segundo. En todos los casos el principio de proporcionalidad equivale al principio de igualdad en materia penal.

Un ejemplo de aplicación del principio de proporcionalidad en la legislación penal lo encontramos en la sentencia 136/1999 del Tribunal Constitucional español (caso de la Mesa Nacional de Herri Batasuna). En ese caso, el Tribunal considera que la sanción penal que se podía imponer a los acusados “podrá estimarse constitucionalmente legítima si en la formulación del tipo y en su aplicación se han respetado las exigencias propias del principio de legalidad penal... y si además no han producido, por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan o un efecto que en otras resoluciones hemos calificado de disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada” (Fundamento Jurídico 20).

Es decir, el Tribunal va más allá del simple principio de reserva de ley e introduce la consideración de la proporcionalidad de la pena, poniéndola en relación con el efecto disuasorio que pudiera tener respecto del ejercicio de los derechos fundamentales. En concreto, el Tribunal expresa preocupación por el posible efecto que la criminalización

---

<sup>18</sup> *Derecho y razón*, cit., pp. 399-400.

<sup>19</sup> *Derecho y razón*, cit., p. 401.

<sup>20</sup> *Derecho y razón*, cit., p. 402.

excesiva de ciertas conductas (como la apología del terrorismo) pudiera tener sobre libertades tan importantes como la de expresión, la de participación política o la de información. El Tribunal reconoce que el ejercicio ilícito de esas libertades puede dar lugar a una sanción, pero reitera que una reacción penal excesiva frente a ese ejercicio puede producir efectos disuasorios o de desaliento sobre el ejercicio legítimo de los referidos derechos, ya que sus titulares, sobre todo si los límites penales están imprecisamente establecidos, pueden no ejercerlos ante el temor de que cualquier extralimitación sea sancionada con severidad<sup>21</sup>.

¿Cómo saber si estamos frente a una determinación legislativa que resulta no proporcional? El Tribunal afirma que “para determinar si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario o desproporcionado, debemos indagar, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma, son suficientemente relevantes, puesto que la vulneración de la proporcionalidad podría declararse ya en un primer momento del análisis ‘si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes’... En segundo lugar, deberá indagarse si la medida era idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión. Y, finalmente, si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena” (Fundamento Jurídico 23).

Con el ejemplo anterior y con los fundamentos doctrinales que hemos citado se puede advertir con claridad la pertinencia y efectos positivos que tendría el recoger a nivel constitucional el principio de proporcionalidad. Pasemos ahora a justificar de forma breve la propuesta de incorporar una “reserva de Código Penal”.

---

<sup>21</sup> Sobre este punto Luis Prieto advierte lo siguiente: “Una condición de legitimidad de toda pena es que resulte proporcionada, pero en ese juicio de proporcionalidad ha de reconocerse un peso importante al argumento en favor de los derechos, admitiendo que, si bien inevitablemente toda medida punitiva tiene efectos disuasorios sobre el uso de la libertad, se convierte en inaceptable cuando dicha disuasión resulta excesiva. En pocas palabras, ya sea argumentando a partir de las penas, ya haciéndolo a partir de las conductas tipificadas, a mi juicio la proporcionalidad representa una exigencia constitucional que pesa sobre el conjunto del derecho punitivo”, “La limitación constitucional del legislador penal” en su libro *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 296.

### C) La reserva de Código Penal.

Como una medida adecuada para reforzar el principio de libertad personal el propio Ferrajoli ha propuesto constitucionalizar una “reserva de código penal”. Esta reserva tendría un doble objeto: en primer término que ninguna medida privativa de la libertad pudiera establecerse fuera del código penal (con excepción de ciertas medidas administrativas como los arrestos); en segundo lugar, que el código penal fuera aprobado y reformado por una mayoría calificada en las Cámaras legislativas. En palabras de Ferrajoli,

“Esta reserva de código habría de suponer que todas las normas en materia de delitos, penas y procesos deberían contenerse en el código penal o en el procesal y no podría introducirse ninguna si no es mediante la correspondiente reforma de uno u otro, que tendría que aprobarse por procedimientos legislativos agravados. Se trata de una medida indispensable para devolver la credibilidad al derecho penal y restituirle su naturaleza de extrema ratio. Una nueva codificación informada en el principio ‘todo lo penal en los códigos, nada fuera de los códigos’, por más compleja y voluminosa que pudiera resultar, siempre lo sería incomparablemente menos que el actual cúmulo de leyes especiales; aunque sólo fuera porque la prohibición de la dispersión en materia de legislación penal constreñiría al legislador a hacerse cargo de la unidad y de la coherencia del conjunto, al legislar en la materia. Por lo demás, puesto que el derecho penal incide en la libertad de los ciudadanos, tiene una relevancia cuasi-constitucional, y no resulta tolerable que quede cotidianamente expuesto a los humores contingentes de las mayorías de gobierno y a la eventual producción de nuevas emergencias”<sup>22</sup>.

Esta medida serviría para detener el caótico desarrollo de la legislación penal mexicana, que junto a una incomprensible e injustificada inflación penalizadora ha generado un enorme conglomerado de normas privativas de la libertad repartidas a todo lo largo y ancho del ordenamiento federal y de los locales. Tal parece que el legislador asume que cada vez que dicta una nueva ley o reforma una ya existente debe incluir disposiciones penales para que los destinatarios “se la tomen en serio” o, como se dice, “para que la norma tenga dientes”, olvidando de esa forma los principios del derecho penal mínimo.

La reserva de Código Penal tendría, en síntesis, el efecto de obligar al legislador a sistematizar las disposiciones penales dentro de un único cuerpo normativo, impediría su fácil reforma y permitiría tener una regulación penal mucho más adecuada al principio de proporcionalidad, pues estando todos los tipos penales y sus sanciones en un único ordenamiento sería mucho más obvio el hacer la comparación para determinar si existe o no proporcionalidad en dichas disposiciones.

---

<sup>22</sup> “Jurisdicción y democracia”, trad. de Perfecto Andrés, incluido en Carbonell, Miguel, Fix Fierro, Héctor y Vázquez, Rodolfo (compiladores), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, México, 2004, p. 112. El mismo autor ha desarrollado esta tesis en *Principia iuris*, cit., tomo II, pp. 388-391.

La reserva de código penal quizá comparte los objetivos de una antigua propuesta de varios penalistas mexicanos<sup>23</sup>: la de unificar la legislación penal, de forma que hubiera un único ordenamiento punitivo a nivel nacional. La idea que persiguen ambas propuestas es darle elementos de certeza y de seguridad a los particulares, evitando que a partir de la dispersión normativa (ya sea sobre un único nivel de gobierno o entre los niveles federal y local) se cometan arbitrariedades que vayan en demérito de los derechos fundamentales.

No es momento de analizar con detalle la propuesta de unificar la legislación penal, pasando de los actuales 33 códigos penales y 33 códigos de procedimientos penales a solamente un código sustantivo y uno adjetivo, pero si queríamos al menos apuntar el tema, ya que la idea de unificar los códigos penales está contenida en la iniciativa de reforma constitucional presentada por el Presidente Felipe Calderón ante el Senado de la República el 9 de marzo de 2007 y ha sido defendida con anterioridad, desde los años 40 del siglo XX, por muy distinguidos penalistas. Sin embargo, consideramos que se trata de una propuesta sobre la que debe meditararse con detenimiento, sobre todo a la luz de los avances que en materia de juicios orales se han realizado en diversas entidades federativas, a través del desarrollo muy dinámico de un conjunto de reformas que, en conjunto, parecen bastante positivas. No hay rastro alguno de ese dinamismo a nivel del Congreso de la Unión, que ni siquiera ha podido dar cumplimiento a los principios de la justicia para adolescentes contenidos en el artículo 18 constitucional a partir de una reforma de diciembre de 2005<sup>24</sup>.

### 3. ¿Qué garantías para un proceso penal moderno?

La tarea principal en la reforma del proceso penal mexicano debe ser la de incorporar el sistema de garantías necesario para salvaguardar los derechos de todas las personas involucradas: víctimas del delito, personas sujetas a proceso, sentenciados y funcionarios públicos (policías, agentes del Ministerio Público, jueces penales, peritos, intérpretes o traductores, abogados, encargados de los establecimientos penitenciarios, etcétera).

---

<sup>23</sup> Recientemente, García Ramírez, Sergio, “Los sistemas de enjuiciamiento y los órganos de acusación” en Gómez Lara, Cipriano y Storme, Marcel (coordinadores), *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*, volumen IV, México, UNAM, 2005, páginas 8-10.

<sup>24</sup> Sobre el tema de la justicia para adolescentes, Islas, Olga y Carbonell, Miguel, *Constitución y justicia para adolescentes*, México, UNAM, 2007.

Dentro del conjunto de tales garantías se impone una primera distinción conceptual, que consideramos primaria o básica para diseñar adecuadamente cualquier propuesta de reforma. Una cosa son las garantías orgánicas y otras las garantías procesales. Las primeras se refieren a la posición que deben tener y las características con que se deben desempeñar los sujetos involucrados en el proceso, y sobre todo los sujetos públicos involucrados en el proceso. Las segundas son más bien las que definen las actuaciones procesales, sus etapas, la forma en que se desarrollan, etcétera; es decir, las garantías relativas a la formación propiamente del juicio, lo que incluye la recolección de las pruebas, el desarrollo de la defensa y la convicción del órgano judicial.

Las garantías orgánicas, nos indica Ferrajoli, son por ejemplo las características de independencia, imparcialidad y responsabilidad de los jueces, la separación entre acusación y juez, el principio de juez natural o juez predeterminado por la ley, la obligatoriedad de la acción penal, etcétera. Las garantías procesales, por su parte, son entre otras las siguientes de acuerdo al mismo Ferrajoli: la formulación de una acusación exactamente determinada, la carga de la prueba, el principio de contradicción, la forma de los interrogatorios y de los demás actos de la instrucción, la publicidad, la oralidad, los derechos de la defensa, la motivación de los actos judiciales, etcétera<sup>25</sup>.

El conjunto de las garantías orgánicas y procesales sirven a un único objetivo común: encontrar dentro del proceso penal lo más cercano a la verdad, entendida no como la posibilidad absoluta de verificación de lo históricamente sucedido (lo que seguramente está lejos de la posibilidad de cualquier sistema penal), sino como correspondencia aproximativa entre lo sucedido y lo que consta en el proceso<sup>26</sup>. Se trata, si se quiere, de una visión minimalista de verdad, pero que –incluso en sus alcances aparentemente reducidos– se busca alcanzar a través de la racionalización de las etapas procesales, lo que permite al menos inmunizar al ciudadano frente a punitivas arbitrarias<sup>27</sup>.

Finalmente, las garantías orgánicas y las procesales suponen diversos cánones para facilitar el conocimiento y/o la aproximación a la verdad de lo sucedido, a través del carácter empírico y cognoscitivo de varias de ellas, como lo representa con claridad el principio de

---

<sup>25</sup> *Derecho y razón*, cit., pp. 539-540.

<sup>26</sup> Una amplia reflexión sobre este asunto puede verse en Guzmán, Nicolás, *La verdad en el proceso penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.

<sup>27</sup> Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 543.

contradicción (que permite, entre otras cuestiones, que cada hipótesis de la acusación pueda ser refutada por la defensa y tenga que ser puntualmente acreditada ante el juez penal, sobrellevando la carga de la prueba y haciéndose cargo de la presunción de inocencia).

Sería imposible revisar el conjunto de garantías orgánicas y procesales que requiere un proceso penal moderno, por lo que nos limitaremos en las siguientes páginas a intentar explicar aquellas que consideramos más importantes. Nos referiremos, en particular, a las garantías que guardan una relación más estrecha con el modelo de proceso penal que consideramos que es el que debe adoptar México, que es el proceso penal de corte acusatorio.

#### 4. Presunción de inocencia.

La primera garantía procesal que debería estar recogida en el texto de la Constitución mexicana es la presunción de inocencia. Debería ser la primera en virtud de que, aparte de la trascendencia técnico-jurídica que tiene sobre el conjunto del proceso penal, también sirve para enviar varios mensajes muy claros a todos sus operadores: no se puede criminalizar a una persona, no se le puede castigar anticipadamente, no se permite la existencia de sacrificios desproporcionados de la libertad de los habitantes del país, existe una carga de la prueba para acreditar cualquier responsabilidad penal, etcétera.

Sobre la presunción de inocencia Luigi Ferrajoli apunta que “-si es verdad que los derechos de los ciudadanos están amenazados no sólo por los delitos sino también por las penas arbitrarias- la presunción de inocencia no sólo es una garantía de *libertad* y de *verdad*, sino también una garantía de *seguridad* o si se quiere de *defensa social*: de esa ‘seguridad’ específica ofrecida por el estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de esa específica ‘defensa’ que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo”<sup>28</sup>.

La jurisprudencia de la Suprema Corte ha reconocido que el principio de presunción de inocencia está implícitamente recogido en la Constitución mexicana; se trata de la siguiente tesis:

**PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.** De la interpretación armónica y

---

<sup>28</sup> *Derecho y razón*, cit. p. 549.

sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar "los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado"; en el artículo 21, al disponer que "la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público"; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole "buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos". En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado. Novena Epoca, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XVI, Agosto de 2002, Tesis: P. XXXV/2002, página 14.

La presunción de inocencia no debe ser entendida simplemente como un principio retórico o decorativo, sino que debe ser el eje articulador del conjunto del proceso penal. La presunción de inocencia se proyecta en diversas etapas y momentos del proceso penal, pero tiene un papel especial respecto del uso de la prisión preventiva. De hecho, tomar la presunción de inocencia en serio nos llevaría hacia esquemas de restricción del uso de la prisión preventiva.

La presunción de inocencia empata con la idea iluminista de acuerdo con la cual solamente se puede privar de la libertad a una persona por orden judicial, luego de seguido un juicio en el que se haya demostrado su culpabilidad; la necesidad de que exista un "juicio previo", como requisito necesario para privar a una persona de su libertad, constituye una de los pilares del modelo de Estado constitucional, contrariamente a lo que sucedía en el Antiguo Régimen, cuando bastaba con una orden de la autoridad administrativa para que una persona fuera encarcelada. Tiene razón Carlos S. Nino cuando afirma que "El régimen que sólo admite la excarcelación (durante el proceso penal) para ciertos delitos ligeramente penados y la práctica de someter a los procesados bajo prisión preventiva a condiciones tan gravosas como las de los condenados (a veces con mayores restricciones, como es la de

excluirlos de tareas laborales) infringe claramente la exigencia constitucional de juicio previo. Solamente si la prisión preventiva está justificada en el temor fundado de que el procesado evada la acción de la justicia y la privación de la libertad consiguiente –que claramente no es un castigo sino una carga para que se cumplan los trámites procesales- se depura de todo otro aspecto desagradable e incluso se compensa debidamente si el procesado resulta absuelto, puede justificarse la restricción de la libertad mientras dura el proceso penal”<sup>29</sup>.

Como señala Ferrajoli, “El imputado debe comparecer *libre* ante sus jueces, no sólo porque así se asegura la dignidad del ciudadano presunto inocente, sino también –es decir, sobre todo- por *necesidades procesales*: para que quede situado en pie de igualdad con la acusación; para que después del interrogatorio y antes del juicio pueda organizar eficazmente sus defensas; para que el acusador no pueda hacer trampas, construyendo acusaciones y manipulando las pruebas a sus espaldas”<sup>30</sup>.

En virtud de lo anterior es que consideramos que serviría tener una previsión constitucional que *explícitamente* recogiera el principio de presunción de inocencia, el cual desde luego se proyectaría –como ya lo hemos señalado- no solo al tema de la prisión preventiva sino al del proceso penal en su conjunto.

La introducción en el texto constitucional de la presunción de inocencia es congruente y viene a reforzar lo que ya establecen diversas convenciones y tratados internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por el Estado mexicano. Así por ejemplo, el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 dispone en su párrafo primero que “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”. En el mismo sentido, el artículo 14.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

## 5. Racionalización de la prisión preventiva

---

<sup>29</sup> Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2002, p. 255.

<sup>30</sup> *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 559.

Ya hemos destacado la íntima relación que guardan la presunción de inocencia y la prisión preventiva o provisional. El reconocimiento expreso de dicha presunción debería llevar a una moderación del uso de la prisión preventiva. Para lograrlo, es necesario modificar el supuesto constitucional actualmente previsto para decretar la prisión preventiva como medida cautelar dentro de un proceso penal.

Como se sabe, el artículo 20, apartado A fracción I vigente permite que se imponga prisión preventiva a quien esté sujeto a un proceso en el que se le acuse de haber cometido un delito grave. Sin embargo, la Constitución no define qué debe entenderse por delito grave, sino que remite al legislador tal determinación, con lo que *de facto* se desconstitucionaliza la libertad caucional y el derecho a un proceso en el que se respete la presunción de inocencia, puesto que pone en manos de la ley ordinaria la determinación sobre los casos en que se podrá otorgar dicha libertad y los que no.

Por si esto no fuera suficientemente preocupante, algunos criterios judiciales han abdicado de la facultad del juez constitucional para ejercer un control material o sustantivo sobre las determinaciones del legislador al calificar un cierto delito como grave. Al respecto puede verse, al menos, la tesis jurisprudencial siguiente: “LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, OTORGA AL LEGISLADOR ORDINARIO **FACULTADES ILIMITADAS** PARA DETERMINAR LOS DELITOS GRAVES QUE NO ADMITEN TAL BENEFICIO”, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXI, abril de 2005, p. 1443. Del mismo juicio de amparo derivó también la siguiente tesis:

DELITOS GRAVES. LA GARANTÍA DE EQUIDAD NO RIGE RESPECTO DE LA DETERMINACIÓN DEL LEGISLADOR ORDINARIO DE LAS HIPÓTESIS DELICTIVAS CONSIDERADAS AGRAVADAS, PARA QUIENES NO SE ENCUENTRAN EN TALES SUPUESTO. El principio de igualdad en materia penal se cumple cuando se acata lo dispuesto por el artículo 20 constitucional, es decir, cuando las prerrogativas establecidas a favor del inculpado y del ofendido son respetadas dentro de los cauces y límites legales a fin de lograr el desarrollo de un debido proceso. En este sentido, tratándose de la determinación de los delitos graves, éstos deben ser identificados por la ley secundaria en términos del artículo 20, apartado A, fracción I, constitucional, donde el Constituyente facultó expresamente a las Legislaturas Locales para que precisen cuáles son los casos en los que, por tratarse de este tipo de delitos no proceda la concesión del beneficio de la libertad caucional a favor de a quien se le atribuya la comisión del ilícito; de lo que se concluye que la garantía de equidad no rige respecto de la determinación por parte del legislador ordinario de las hipótesis delictivas consideradas agravadas para quienes no se encuentran en esos supuestos, toda vez que tal condicionante no se desprende del precepto constitucional en cita. Novena Época,

En el mismo tenor, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que “se advierte que el Constituyente sólo obliga al legislador a determinar la categoría de gravedad en dichos ilícitos, pero como no instituye el concepto relativo, ni los requisitos y condiciones que lo configuren, debe considerarse que tales aspectos los deja a la elección del autor de la ley” (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXI, febrero de 2005, p. 97).

Este es el escenario vigente en México a nivel constitucional en el tema de la prisión preventiva: la Constitución delega la determinación de su procedencia en el legislador ordinario (con lo cual rebaja el derecho a un proceso seguido en libertad al nivel de derecho de rango legal, cuando debería tratarse de un verdadero derecho fundamental) y además los jueces se niegan a revisar si la consideración legislativa de un delito como grave es proporcional, razonable, adecuada, etcétera.

En este contexto es en el que cobra sentido proponer una reforma constitucional que determine específicamente los supuestos en que debe aplicarse la prisión preventiva. Tales supuestos deberán partir de un criterio internacionalmente reconocido: la prisión preventiva debe ser la excepción y no la regla. En tanto que limitación excepcional de un derecho fundamental, su imposición deberá estar puntualmente justificada y sometida a control de constitucionalidad y de legalidad en todos los casos.

Un primer punto a dilucidar dentro de una futura reforma constitucional en materia de prisión preventiva es la autoridad que debe determinar los supuestos: ¿tal competencia debe corresponder al legislador como hasta ahora o puede pasar a los jueces, los cuales estarían guiados por algunos conceptos generales recogidos en la Constitución? Consideramos que la segunda es la respuesta adecuada, si bien reconocemos que puede suscitar ciertos problemas prácticos, al ampliar la presión de las personas sujetas a proceso y de sus abogados sobre los jueces, a fin de que no decreten una medida cautelar privativa de la libertad. Este riesgo puede suponer, en la práctica, que se aumente la corrupción judicial, ya que será el juez el que estime si concurren o no los elementos suficientes para privar provisionalmente a una persona de su libertad. No queremos omitir este hecho incontrovertible y preocupante, pero entendemos que la determinación legislativa de los supuestos en que no se alcanza la libertad caucional es inaceptable para un sistema

garantista que pretenda respetar la libertad personal, la presunción de inocencia y, más en general, el contenido mínimo del debido proceso legal.

Habiendo definido lo anterior, habría que proponer los supuestos concretos en los que el texto constitucional podría autorizar la imposición de la prisión preventiva, en el entendido de que sería la excepción y no la regla. Tales supuestos serían tres: cuando exista riesgo objetivo de que el acusado evada la acción de la justicia dándose a la fuga, cuando exista riesgo objetivo de que se impida el adecuado desarrollo del proceso (por ejemplo, si el acusado puede destruir pruebas, amenazar o matar a testigos, etcétera) o cuando existan elementos que permitan suponer que el acusado volverá a cometer una conducta delictiva en lo inmediato (entendemos que este supuesto es un tanto indeterminado y permite un amplio margen de discrecionalidad judicial, pero preferimos mantenerlo a fin de lograr un régimen constitucional de prisión preventiva más o menos equilibrado).

En las llamadas “Reglas de Mallorca”, redactadas por un grupo de expertos a solicitud de la ONU, relativas al tema de la administración de la justicia penal, se señala sobre la prisión preventiva lo siguiente: “La prisión preventiva no tendrá carácter de pena anticipada y podrá ser acordada únicamente como ‘última ratio’. Sólo podrá ser decretada en los casos en que se compruebe peligro concreto de fuga del imputado o de destrucción, desaparición o alteración de las pruebas” (Principio vigésimo).

Para darnos cuenta de la necesidad de modificar el marco constitucional de la prisión preventiva conviene tener presente que se estima que en México existen aproximadamente –la cifra varía día con día– unas 210 mil personas privadas de su libertad<sup>31</sup>; de ellas, un 40% (cerca de 90 mil) se encuentran en régimen de prisión preventiva, es decir, no existe una sentencia de un juez que los haya declarado responsables de la comisión de una conducta delictiva, sin embargo están tras las rejas, cumpliendo una especie de “condena anticipada” por un hecho que legalmente no ha sido todavía acreditado. El mantenimiento de los poco más de 450 establecimientos penitenciarios que existen en México le cuestan a los contribuyentes más de 11 mil millones de pesos anuales; casi 30 millones de pesos diarios<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Ver al respecto Zepeda Lecuona, Guillermo, “El uso excesivo e irracional de la prisión preventiva en México” en *Panorama internacional sobre justicia penal. Culturas y sistemas jurídicos comparados* (Olga Islas y Sergio García Ramírez, coordinadores), México, UNAM, 2007, p. 233.

<sup>32</sup> Zepeda Lecuona, “El uso excesivo e irracional...”, cit., p. 231.

Debemos recordar que, en promedio las cárceles mexicanas tienen una sobrepoblación del 130%, pero en algunos casos se llega a una sobrepoblación del 300%, impidiendo de esa forma condiciones dignas de vida para los reclusos y haciendo imposible el “programa penitenciario” ordenado por el artículo 18 constitucional. Esa es una de las razones por las que las comisiones de derechos humanos han dedicado varias de sus recomendaciones, informes y programas al tema penitenciario, que en nuestros días parece estar aislado de los principios más elementales de cualquier Estado de derecho. Mientras se consiguen condiciones dignas de subsistencia para las personas que ya están sentenciadas, deberíamos ser muy estrictos antes de enviar a alguien que todavía no recibe una condena a un reclusorio, incorporando a la Constitución los parámetros reguladores que hemos enunciado.

De hecho, aunque en este momento no es posible hacerlo, creemos que la situación general de nuestro sistema penitenciario (tanto en lo que se refiere a personas privadas de su libertad en régimen de prisión preventiva, como por lo que hace a quienes están cumpliendo una condena) merecería una reflexión muy detenida. En particular, valdría la pena indagar si el sistema está o no logrando sus objetivos y si desquita el enorme costo que le supone al bolsillo de los contribuyentes. Creemos que la inversión pública en nuestras cárceles es muy necesaria y que se les debe destinar el mayor volumen de recursos que sea posible, a fin de conseguir condiciones dignas de vida para todos los reclusos. Pero también debemos insistir en la necesidad de que los responsables de los establecimientos penitenciarios rindan cuentas públicamente de los resultados de su gestión. No se trata simplemente de un ejercicio decorativo o nominal, sino de preguntarnos como sociedad qué esperamos de nuestras cárceles y qué estamos obteniendo en la realidad. Pero esa es una reflexión que tendrá que ser abordada en otro espacio.

Por el momento hay otra perspectiva que quisiéramos poner a consideración del lector. Nos referimos a la evidencia que existe, con base en el análisis comparado, que la prisión – como ya dijimos- no solamente no está logrando sus objetivos, sino que su imposición masiva produce indeseables efectos sociales, sobre los presos, sobre sus familias, sobre el desarrollo económico de comunidades enteras y además suele tener un sesgo racista o al menos discriminatorio. Donde mejor se ha estudiado este asunto es en los Estados Unidos. Las estadísticas que nos demuestran el altísimo grado de encarcelación masiva que se ha

vivido en ese país y su perniciosa focalización en ciertas minorías étnicas. Los datos de personas encarceladas que nos ofrece el *Bureau of Justice Statistics* (BJS) para el 30 de junio de 2006 reportan que en todos los establecimientos penitenciarios de los Estados Unidos se encontraban recluidas 2,245,189 personas; de ese gran total el 7% (equivalente a 111,975 personas) estaban en cárceles privadas (“private facilities”). Entre el 2005 y el 2006 el número de personas encarceladas había crecido un 3%. Solamente durante el año de 2005 fueron llevadas a la cárcel 733,009 personas, lo que equivale a 2,008 diarias y 61,084 al mes.

En Estados Unidos se tiene una tasa de encarcelamiento de 750 personas por cada 100,000 habitantes, lo que equivale a decir que 1 de cada 133 personas que residen en ese país está en la cárcel. Solamente en el Estado de California hay 175,115 presos, con datos de junio de 2006. En otros países la tasa de encarcelamiento es notablemente menor; en Japón es de 40 personas por 100,000 habitantes, en Suecia de 60 por 100,000, en Francia de 90 por 100,000, en Inglaterra de 156 por 100,000

Esas tasas descomunales de encarcelamiento tienen, desde luego, un cierto rasgo racista. Las personas de color o afro-descendientes de sexo masculino tienen 6.5 más veces de pisar la cárcel en su vida que las personas blancas del mismo sexo. El 4.8% de todas las personas de color está presa (1 de cada 123), al igual que el 1.9% de todos los hispanos 1 de cada 353) y el 0.7% de los blancos (1 de cada 588)<sup>33</sup>. Esto significa que 1 de cada 3 hombres de color pisarán la cárcel al menos una vez en su vida y lo mismo sucederá con 1 de cada 5 hispanos. Un joven de color en California tiene 5 veces más posibilidades de ir a la cárcel que de acudir a una universidad. En el Estado de Illinois había en el año de 1999 10 personas de color presas por 4 de esa misma raza que iban a la escuela; es decir, había 10,000 personas de color más en las cárceles que el número total de personas de esa raza en las escuelas. En ese mismo Estado una persona de color tiene 57 veces más posibilidades de ser encarcelada por cuestiones de drogas que una persona blanca. El 74% de todos los sentenciados por posesión de drogas en Estados Unidos son personas de color, a pesar de que representan solamente una octava parte de la población del país<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Los datos de este párrafo y del anterior pueden verse en <http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub/pdf/pjim06.pdf> (consultada el 22 de octubre de 2007).

<sup>34</sup> Estos últimos datos provienen de Elsner, Alan, *Gates of injustice. The crisis in America's prisons*, New Jersey, Prentice Hall, 2006, pp. 17-23. Ver también, sobre el tema, De Parle, Jason, “The american prison

¿Qué pasaría que si hiciéramos un ejercicio similar para México? ¿qué rasgos racionales y socioeconómicos predominan entre la población carcelaria? ¿no podríamos llegar a la conclusión de que invertir en educación y en oportunidades laborales nos llevaría a ahorrarnos socialmente muchos problemas de delincuencia en el futuro?

En todo caso, sean cuales sean las conclusiones que podríamos extraer, cualquier reforma del sistema penal mexicano debe hacerse cargo del delicado problema de la prisión. Un buen comienzo para atender su grave problemática podría ser, como lo hemos propuesto en los párrafos anteriores, racionalizar su uso cuando se impone como medida cautelar. La propuesta que ya hicimos al inicio de este ensayo para introducir en el texto constitucional los principios de lesividad y de proporcionalidad en materia penal también podría contribuir a lograr el mismo objetivo, que no es otro más que el de reiterar un viejo postulado del pensamiento penal ilustrado, de acuerdo con el cual la pena privativa de la libertad era una medida extrema, aplicable solamente a casos excepcionales y en supuestos en que se hubiera cometido un daño grave a un bien jurídico de la mayor relevancia. Nada de eso parece existir actualmente en las políticas penitenciarias y legislativas de México y de otros países. Parece haber ganado la partida el inflacionismo penal que trae como resultado un número muy alto de personas encarceladas, sin que de ese hecho parezcan desprenderse los resultados que la sociedad tiene derecho a exigir.

## 6. Prohibición de prueba ilícita.

El proceso penal se legitima en la medida en que sea capaz de lograr, entre otros objetivos, el de precisar la verdad histórica sobre un determinado hecho que se considera delictivo. Dicha verdad histórica se podrá alcanzar solamente en la medida en que se respeten una serie de principios que aseguran la mayor racionalidad y eficacia de las distintas etapas del proceso. No se trata, en esa virtud, de alcanzar cualquier verdad o de alcanzarla a toda costa. En el proceso penal el fin no justifica los medios, ya que si los medios no son lícitos el fin estará necesariamente viciado, con lo cual el proceso perderá su legitimidad. Como lo ha señalado Perfecto Andrés Ibáñez, “También, y por razón de principios, se ha relativizado

---

nightmare”, *The New York Review of Books*, volumen 54, número 6, 12 de abril de 2007, así como [www.prisoncommission.org](http://www.prisoncommission.org)

la verdad que actualmente se persigue en y mediante el proceso penal. Se trata ahora de una verdad más modesta, reflexivamente asumida como tal, que se mueve en el ámbito del conocimiento probable y que sólo puede ser conseguida si, además de los derechos, en particular los de la parte débil de la relación, se asegura cierta calidad de método en orden a la obtención de conocimiento”<sup>35</sup>.

En esa virtud, un principio esencial que debe estar presente en el proceso penal mexicano de corte acusatorio y oral es el de la exclusión de la prueba ilícita. No se trata, desde luego, de una novedad en la teoría procesalista moderna, si no de un requisito que está presente en muchos ordenamientos desde hace años. Parte de la posición central que la prueba en general tiene dentro del juicio. La prueba, finalmente, es lo que avala y legitima, en su relación con la verdad que es capaz de generar el proceso, una condena. Tiene razón Nicolás Guzmán cuando afirma que “La prueba es el único instrumento que puede ser utilizado por el juez para afirmar que un determinado evento pasado ocurrió en un determinado lugar, en un cierto momento y de una determinada manera, lo cual implica simplemente que, para la decisión del caso, no puede valerse de otros elementos que no sean las pruebas, como podrían ser sus conocimientos personales del caso que debe decidir y que sin embargo no han sido comprobados en el proceso”<sup>36</sup>.

De acuerdo con el principio de exclusión de la prueba ilícita, dentro del proceso solamente se podrán admitir como pruebas aquellas que se hayan recabado conforme a las normas jurídicas aplicables en cada caso. Si una prueba fue obtenida violando la Constitución o las leyes no puede ser aportada en juicio y, si lo es, la autoridad judicial no podrá tomarla en cuenta al momento de tomar su decisión: la prueba en cuestión sería jurídicamente inexistente e irrelevante.

Para el caso mexicano este principio de exclusión de la prueba ilícita tiene mucha importancia dado el contexto institucional en que se suele llevar a cabo la prevención y persecución del delito, en el que son abundantes las actuaciones policíacas y ministeriales contrarias a derecho. Al respecto conviene tener presente que en México, por ejemplo, son frecuentes las detenciones arbitrarias y las violaciones de los derechos fundamentales de las personas detenidas mientras se encuentran a disposición policial. Las detenciones

---

<sup>35</sup> Andrés Ibáñez, Perfecto, “Proceso penal: ¿qué clase de publicidad y para qué?”, *Jueces para la democracia*, número 51, Madrid, noviembre de 2004, p. 63.

<sup>36</sup> Guzmán, Nicolás, *La verdad en el proceso penal*, cit., p. 93.

arbitrarias violan no solamente el artículo 16 constitucional por cuanto que se ubican fuera de cualquier supuesto normativo para privar de la libertad a una persona, sino también el artículo 11 de la propia Carta Magna que prevé la libertad de tránsito.

Es común que en las carreteras mexicanas o en algunas ciudades se ubiquen los llamados “retenes”, que son puestos de inspección y revisión en los que las autoridades militares o civiles (ya sean policías federales o locales, de tránsito o ministeriales) detienen un vehículo particular o de transporte público, hacen descender a sus tripulantes y revisan el interior del vehículo llegando incluso hasta el extremo de practicar revisiones corporales a las personas; en algunos casos se practican pruebas de medición de aliento etílico.

Cuando al hacer dichas revisiones se encuentran elementos de prueba que puedan servir en un juicio penal, las autoridades no toman en cuenta que tales pruebas han sido obtenidas de forma ilícita en la mayoría de los casos, puesto que tienen origen en un acto que resulta violatorio de derechos fundamentales por constituir una detención arbitraria<sup>37</sup>.

El asunto es de tal gravedad que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos ha tenido que dedicar su Recomendación General 2/2001 al tema de la práctica de las detenciones arbitrarias.

En su Recomendación, la CNDH precisa que “las detenciones arbitrarias constituyen una práctica común de los agentes de la Policía Judicial y de los elementos que integran los diversos cuerpos policíacos”; también se señala que “la práctica recurrente de las quejas que se reciben consiste en que los agraviados fueron detenidos por dichos agentes, cuando éstos últimos efectuaban recorridos de “revisión y vigilancia rutinarios” en aras de salvaguardar la seguridad pública y detectar la comisión de algún ilícito o bien, porque habían recibido en la guardia de agentes denuncias “anónimas”, siendo que al atenderlas, “casualmente”, los agraviados fueron encontrados en “actitud sospechosa” y/o “marcado nerviosismo”, además de que, en todos los casos, los elementos de la Policía Judicial dijeron haber solicitado a los agraviados que se les permitiera efectuarles una “revisión de rutina”, quienes accedieron de “manera voluntaria””.

---

<sup>37</sup> Una muy buena consideración sobre este tema y sus consecuencia jurídico-procesales puede verse en Cossío, José Ramón, “La eficacia de los medios de convicción: el caso de los retenes en México”, *Lex. Difusión y análisis*, número 145, México, julio de 2007, pp. 5-22.

En sus conclusiones la Comisión establece que “ni los agentes de la Policía Judicial Federal, del fuero común o sus equivalentes, ni los agentes del Ministerio Público pueden, bajo ningún concepto, instrumentar operativos preventivos (‘revisión y vigilancia’), ya que dicha actividad rebasa el ámbito de su competencia” y que “no obstante que las autoridades de la policía preventiva tengan precisamente dichas facultades (prevención del delito), esto tampoco les permite detener a persona alguna por encontrarse en ‘actitud sospechosa’ y/o ‘marcado nerviosismo’; siendo que tienen el deber de proteger los derechos y garantías fundamentales de las personas”.

Es importante señalar que, en el criterio de la Comisión, no importa que de la detención ilegal y arbitraria o de la revisión que efectúen los policías se desprenda que la persona está en posesión de algún elemento del delito (como por ejemplo alguna sustancia psicotrópica), ya que la vulneración de sus derechos se da desde el momento de la detención; la Recomendación General que se comenta menciona que “En este contexto resulta irrelevante si, como consecuencia de la revisión corporal, los agentes de la Policía Judicial encuentran o no algún objeto del delito, pues la trasgresión a los derechos fundamentales y a las garantías constitucionales enunciadas, se consumó cuando se dio la detención sin fundamento legal”.

Aunque la Recomendación General se refiere a cualquier tipo de detenciones arbitrarias, es obvio que resulta completamente aplicable a las que se practican en los retenes o puestos de revisión carreteros.

Por otro lado y de forma estrechamente relacionada con lo que se acaba de señalar, el tema de la libertad de tránsito y su vulneración a través de las detenciones arbitrarias en México han sido objeto de un interesante informe rendido ante la Comisión de Derechos Humanos de la ONU; se trata del “Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria acerca de su visita a México”, de fecha 17 de diciembre de 2002<sup>38</sup>.

En su informe el grupo de trabajo constata que las detenciones arbitrarias son “una de las principales violaciones de los derechos humanos” en México, hasta el grado de que, según la Comisión de los Derechos Humanos del Distrito Federal, una de cada diez detenciones realizadas por las autoridades es arbitraria. En parte, las detenciones arbitrarias se permiten,

---

<sup>38</sup> Figura en el documento E/CN.4/2003/8/Add.3

entre otras cuestiones, porque “la presunción de inocencia que no está expresamente establecida en la legislación” y por la figura de la llamada “flagrancia equiparada”, “que otorga una suerte de ‘cheque en blanco’ para detener a las personas”. Por todo ello el informe concluye que “La situación de impunidad de numerosos agentes en cuanto a las detenciones arbitrarias es algo no superado”.

El informe se detiene en el trato que el gobierno mexicano da a los migrantes de otros países que se encuentran en situación irregular. Sobre el punto, se afirma por lo que hace a la estación migratoria que el gobierno tiene en la delegación Iztapalapa de la Ciudad de México, que “Los ciudadanos de países latinoamericanos suelen permanecer en la estación migratoria algunas semanas antes de ser devueltos a sus países de origen. La permanencia de nacionales de países de otras regiones suele ser más larga; algunos se encontraban allí desde hacía tres o cuatro meses por problemas logísticos, y, en el caso de ciertas nacionalidades, por la ausencia de representación consular o diplomática en México, especialmente para determinar la verdadera nacionalidad”.

El informe se refiere también a los ya mencionados “retenes” u operativos de inspección carretera. Luego de citar la Recomendación General 2/2001 de la CNDH el Grupo de Trabajo sostiene que tales operativos “no tienen una base legal clara o precisa y favorecen las detenciones arbitrarias”. En los retenes que tienen presencia militar se verificó que el personal no está identificado –aparte del puro uniforme militar- y además los camiones en que se transporta no tienen placas.

Otra cuestión que también se aborda en el informe es la que tiene que ver con el arraigo domiciliario, que puede verse como una restricción a la libertad de tránsito, pero también como una violación de las reglas que para la detención establece el artículo 16 constitucional.

Aparte de lo peligrosas que son las detenciones arbitrarias, lo que más preocupa al Grupo de Trabajo es la impunidad para los responsables; en el informe se afirma que

Existe una impunidad notoria con relación a algunos responsables de las detenciones arbitrarias. Muchos mecanismos de control no gozan todavía de una independencia suficiente al estar supeditados jerárquicamente a la autoridad administrativa y por tanto no tener la credibilidad necesaria, además de ser toleradas algunas prácticas por los superiores. Un gran número de personas son presentadas ante tribunales habiendo sido detenidas arbitrariamente y sus casos pueden ser conocidos, mientras que otro número igual o quizá mayor son puestos en libertad luego de haberseles detenido fuera de los supuestos legales permitidos, sin haber tenido acceso a un juez. Este segundo grupo de personas no siempre denuncia, aunque el Grupo de Trabajo ha conocido diferentes casos en

que, después de las denuncias presentadas, no se ha investigado ni castigado a los agentes por este tipo de violaciones.

¿Porqué son importantes para el tema del proceso penal acusatorio las anteriores consideraciones? Porque al detener sin justificación a una persona se produce un escenario en el que, además de vulnerar su derecho a la libertad de tránsito, se le puede someter a todo tipo de abusos para recabar indicios o pruebas que luego se hagan valer en su contra dentro de un juicio penal. Por eso es que consideramos importante que la Constitución contenga prevenciones muy estrictas para combatir la existencia de las detenciones arbitrarias y en general todo lo que de ellas se desprenda, de forma que el proceso penal en efecto pueda alcanzar a dilucidar la “verdad procesal” por medios lícitos.

## 7. Derecho al silencio y prohibición de prueba confesional

En estrecha relación con lo que se acaba de decir en el apartado anterior, cabe destacar la importancia de recoger a nivel constitucional, con la mayor claridad y contundencia que sea posible, el derecho de toda persona a guardar silencio, así como la correspondiente prohibición de la prueba confesional, tanto en sede policíaca como ministerial. De esta forma se alcanzaría el objetivo de evitar la práctica recurrente en México de maltratar física o psicológicamente a los detenidos a fin de que emitan una confesión, la cual a su vez podrá servir como prueba o como indicio para una futura condena, dado el principio de inmediatez de la declaración que ha sido avalado por la jurisprudencia de nuestros tribunales federales.

Es importante señalar que la tortura no ha desaparecido en México, aunque es posible que su práctica haya disminuido sensiblemente en los últimos 10 años.

Para darnos cuenta de la importancia del tema vale la pena recordar que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos emitió en el año 2006 su recomendación general número 10, que se refiere precisamente a la cuestión de la tortura. Se trata de un documento del mayor interés para las cuestiones procesales que estamos estudiando.

El punto de partida que señala la Comisión no puede ser más preocupante: la tortura sigue siendo un método empleado por la policía mexicana para investigar la comisión de algún delito. Esta afirmación, por si sola, debería ser un escándalo, pero hay algo todavía peor. En

las decenas de quejas que ha recibido la Comisión en los últimos años sobre el tema de la tortura está apareciendo un fenómeno nuevo: la evolución de los métodos con que se practica el suplicio y con que se inflingen daños corporales y psicológicos.

Tal parece, de acuerdo con la Comisión, que la mayor capacitación que hoy en día tienen los miembros de los cuerpos de seguridad del Estado, se ha correspondido con una mayor “diligencia” (por llamarla de alguna forma) al momento de torturar.

Las técnicas se han vuelto tan sofisticadas que ya no dejan huellas visibles sobre el cuerpo de los detenidos. En muchas ocasiones se emplean métodos de tortura psicológica. Por ejemplo, se detiene a una persona de forma violenta, sin que sepa que la detención la practican oficiales de policía, puesto que nunca se le muestra una orden oficial de detención; el sujeto es “paseado” durante horas sin que tenga claro si está en manos de secuestradores o de agentes de la autoridad. Luego es llevado a una casa de seguridad, donde se le mantiene encerrado, sin alimentos y sin poder dormir durante varios días. Al final se le somete a un interrogatorio en el que confiesa lo que quieren oír sus captores, pues a estas alturas ya es presa de una angustia psicológica insuperable.

En ocasiones, cuando en vez de una persona son detenidas varias, se practican “ejecuciones simuladas” en habitaciones contiguas, como una forma de asustar al detenido y obligarlo a que confiese antes de que “sigan con él”. Incluso hay casos en los que se detiene también a familiares para obligar a un sujeto a confesar su participación en algún delito.

Otra práctica común, dice la Comisión en su recomendación general, es obligar a un detenido a estar durante varias horas en posiciones incómodas (por ejemplo en cuclillas o parado con la espalda doblada hacia atrás o hacia los lados). También se ha constatado la aplicación de fuertes golpes con tablas en oídos, espalda y glúteos. La idea es hacer que el detenido pierda su resistencia física o psicológica y quede a merced de sus captores. Todo esto no deja huellas exteriores visibles, pero puede ser causa de enormes dolores -en el corto plazo- y de diversos grados de discapacidad física o psíquica en el futuro.

Los ejemplos de ese tipo de prácticas se podrían multiplicar hasta sumar docenas. Lo importante es tener claro el hecho de su existencia y exigir a las autoridades que actúen para evitarlas. Varios relatores de derechos humanos de la ONU han señalado en sus visitas a México que junto con la preocupación por la persistencia de la tortura, lo que reviste mayor gravedad es la total impunidad que existe para quienes la cometen. Los torturadores

casi nunca son detenidos y las víctimas no reciben las reparaciones e indemnizaciones a las que tienen derecho. Pero no solamente no reciben indemnización alguna, sino que las pruebas arrancadas mediante tortura suministran elementos que luego se hacen valer en su contra dentro de un juicio penal. Eso es lo que se buscaría evitar al negarle cualquier valor probatorio a la confesión y al reforzar el derecho a guardar silencio.

Para erradicar o al menos disminuir la presencia de la tortura en las investigaciones penales es necesario adecuar las leyes (sobre todo las de las entidades federativas) al marco de lo que establece el derecho internacional de los derechos humanos, así como dotarnos de instrumentos más avanzados que nos permitan detectarla no solamente cuando deje huellas en el cuerpo, sino también cuando se practique mediante terror psicológico o suplicios invisibles en un primer momento.

Además, es necesario que los médicos forenses que revisan el estado físico de los detenidos que la policía pone a disposición del Ministerio Público tengan independencia orgánica respecto a las procuradurías, pues de otra forma es común que los propios policías presionen a los doctores a fin de que asienten en las actas de reconocimiento que los detenidos no presentan lesiones o que se las hicieron solos. Los médicos, según ha podido verificar la Comisión Nacional, muchas veces son cómplices en la tortura.

También es importante el papel de los jueces, que deben ser muy estrictos al momento de darle valor probatorio a la confesión del inculcado o a la denuncia que el mismo haga sobre las condiciones en que fue detenido. Si entre el momento de la detención y la puesta a disposición ante el Ministerio Público o ante el juez pasa un tiempo demasiado largo sería suficiente motivo para presumir la comisión de actos de tortura, ya sea física o ya sea psicológica; ese debería ser el criterio jurisprudencial de nuestros jueces penales. Y si una detención es practicada violando la ley, aunque luego aparezcan pruebas contundentes en contra del detenido, todo el proceso penal debe declararse nulo, pues estaría afectado por un vicio de origen no reparable en forma alguna, como lo explicamos en el apartado anterior. Esto supondría una presión muy importante para que la policía cuidara en extremo las condiciones en que una persona es detenida.

## 8. Principio de oralidad.

Ya hemos señalado que, dentro de las alternativas de reforma al sistema penal mexicano, nos pronunciamos abiertamente por la instauración de un proceso acusatorio y oral. Esto supone, como lo venimos explicando, un profundo cambio en el funcionamiento de las estructuras vinculadas con el proceso penal. Uno de esos cambios tiene que ver con la sustitución del tradicional “expediente escrito” por nuevas formas de gestión del procedimiento, determinadas a partir del principio de oralidad.

El tránsito desde el procedimiento escrito hacia un oral es de gran magnitud, no solamente para México, sino para muchos otros países, en virtud de que uno de los rasgos más asentados del proceso penal en América Latina es precisamente su carácter escrito. Este rasgo de escritura genera efectos perjudiciales, pues como lo han puesto de manifiesto Duce y Pérez Perdomo, “Los procedimientos judiciales suelen ser formalismos que a menudo se limitan a la lectura o la entrega de documentos preparados por las partes o por el juez. De esta manera, los registros del caso son el elemento central del proceso”<sup>39</sup>. En otras palabras, la confección del expediente se ha vuelto la tarea central de los órganos judiciales, demeritando la búsqueda de la verdad, que con frecuencia se encuentra extraviada dentro de los cientos o acaso miles de fojas ilegibles que integran los expedientes judiciales.

El formalismo que esto supone llega hasta extremos increíbles: la falta de firma por parte del juez de cualquier foja del expediente supone su nulidad, pero si el juez no está presente en cualquier diligencia procesal eso no acarrea ninguna consecuencia. Hemos privilegiado la forma por encima del fondo, logrando de esa manera que el proceso penal abandone cualquier pretensión de alcanzar la verdad, lo que supone que el proceso penal no es capaz de legitimarse ante los ojos de la sociedad.

La alternativa es bien conocida: los juicios orales, entendidos en sentido amplio, tal como se han descrito en el presente libro. Uno de sus elementos centrales, como su propio nombre lo indica, es el principio de oralidad, de acuerdo con el cual las actuaciones dentro de un juicio deben realizarse de manera pública y oral, con la presencia de todas las partes involucradas, incluyendo al público en general.

La oralidad de las actuaciones judiciales tiene un valor propio y uno instrumental, pues permite verificar el cumplimiento de diversas garantías que deben estar presentes en el

---

<sup>39</sup> Duce, Mauricio y Pérez Perdomo, Rogelio, “La seguridad ciudadana y la reforma del sistema de justicia penal en América Latina”, cit., p. 95.

proceso penal. Ferrajoli nos indica que la publicidad y la oralidad son una suerte de “garantías de garantías” (o garantías de segundo nivel), puesto que “sólo si la instrucción probatoria se desarrolla en público y, por consiguiente, de forma oral y concentrada, si además es conforme al rito previsto con ese objeto y si, en fin, la decisión está vinculada a dar cuenta de todos los eventos procesales, así como de las pruebas y contrapruebas que la motivan, es posible, en efecto, tener una relativa certeza de que han sido satisfechas las garantías primarias, más intrínsecamente epistemológicas, de la formulación de la acusación, la carga de la prueba y el contradictorio con la defensa”<sup>40</sup>.

La oralidad permite que las partes verifiquen la autenticidad de las pruebas, que controlen su formación y desahogo, que exista una identificación física del juzgador desde el inicio hasta el final del proceso, que las partes puedan dialogar frente al juez y con el juez, etcétera. Estas son ventajas del proceso oral frente al escrito y permiten acercarse más al objetivo del proceso que es alcanzar la verdad.

Las “Reglas de Mallorca” de Naciones Unidas, a las que ya nos hemos referido, establecen con claridad que “El imputado tiene derecho a un juicio oral” (principio vigésimo quinto) y agregan algunas características de los mismos: la publicidad de los debates, la obligatoria presencia del imputado, la necesidad de que todo el juicio se lleve a cabo ante el juez o tribunal que emitirá la sentencia, la obligación de practicar las pruebas ante dicha autoridad judicial, el derecho del acusado y de su defensor para interrogar a los testigos, el derecho del abogado defensor a formular su alegato final después del que realice la acusación y el derecho del acusado a tener la última palabra (principios vigésimo sexto a trigésimo primero).

### 8.1. Principio de inmediación y de concentración.

Una consecuencia del principio de oralidad (o su mecanismo de garantía, como se quiera ver) son los principios de inmediación y de concentración. En efecto, si las audiencias del proceso se realizan de forma oral, con la asistencia de las partes y de todos los interesados, entonces se puede asegurar la presencia del juzgador de manera permanente.

---

<sup>40</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 616.

De hecho, para el caso mexicano convendría añadir una disposición constitucional para que la ausencia del juez fuera causa no de la nulidad de cierta actuación, sino de todo el proceso, el cual debería ser repuesto desde el principio. Quizá se trate de una solución radical, pero es mucho peor la situación que vivimos actualmente, en la que las audiencias y otras actuaciones judiciales son dirigidas por secretarios judiciales en el mejor de los casos, o por simples mecanógrafos en el peor.

La oralidad exige la presencia física, continua e ininterrumpida, en el juicio, realizando de esa forma el principio de inmediatez.

Pero además, la oralidad permite la realización de etapas procesales concentradas, puesto que la parte sustancial de la causa puede desahogarse en una sola audiencia, o en una audiencia de varios días, pero que tenga un carácter continuo.

Desde luego, los respectivos códigos de procedimientos penales deben prever lo necesario para que llegados al momento de la audiencia, todas las partes estén avisadas y todos los elementos que deben ventilarse en el juicio estén preparados (pruebas documentales, testigos, peritos, etcétera).

## 9. Principio de publicidad.

Una regla consustancial a cualquier sistema de juicios orales es la publicidad en las actuaciones judiciales. Lo que se ventila en un proceso debe ser público al menos en un doble sentido: a) cualquier interesado debe poder consultar las actuaciones realizadas dentro del juicio<sup>41</sup>; b) todo lo actuado debe ser desarrollado en público.

Tal principio es aceptado en muchos países y supone un elemento central de lucha contra la corrupción y la ineficacia que crecen en escenarios opacos y alejados de la mirada pública. Además, la publicidad es un elemento definidor del sistema acusatorio, pues como lo indica Ferrajoli, “asegura el control, tanto externo como interno, de la actividad judicial. Conforme a ella, los procedimientos de formulación de hipótesis y de determinación de la responsabilidad penal tienen que producirse a la luz del sol, bajo el control de la opinión

---

<sup>41</sup> Sobre este punto, Carbonell, Miguel, “El acceso a la información del Poder Judicial Federal”, *Derecho Comparado de la Información*, número 4, México, julio-diciembre de 2004, pp. 189-198.

pública y, sobre todo, del imputado y su defensor. Se trata seguramente del requisito más elemental y llamativo del proceso acusatorio”<sup>42</sup>.

La publicidad de los juicios era una idea que ya estaba presente en el pensamiento de la Ilustración. Jeremy Bentham escribió que “Cuanto más secretos han sido los tribunales, más odiosos han resultado”. Por su parte Beccaria afirmaba que “el escudo más seguro de la tiranía es el secreto”. Más recientemente ha sido Elías Canetti quien ha ilustrado muy bien la relación que existe entre el secreto y la dictadura. Dice Canetti, en su obra *Masa y poder* que

“El secreto ocupa la misma médula del poder... El detentador del poder, que de él se vale, lo conoce bien y sabe apreciarlo muy bien según su importancia en cada caso. Sabe qué acechar, cuándo quiere alcanzar algo, y sabe a cuál de sus ayudantes debe emplear para el acecho. Tiene muchos secretos, ya que es mucho lo que desea, y los combina en un sistema en el que se preservan recíprocamente. A uno le confía tal cosa, a otro tal otra y se encarga de que nunca haya comunicación entre ambos... Todo aquel que sabe algo es vigilado por otro, el cual, sin embargo, jamás se entera de qué es en realidad lo que está vigilando en el otro. ... Así, el soberano siempre está al corriente de la fiabilidad de los recipientes en que ha depositado sus secretos, de su seguridad, y está en condiciones de apreciar cuál de esos recipientes está tan lleno que podría desbordar. De todo el sistema de secretos sólo él tiene la llave...”<sup>43</sup>.

Canetti no se refería, sobra decirlo, al sistema procesal penal mexicano, pero su frase se le puede aplicar de forma seguramente muy certera.

La posibilidad de tener acceso a lo que se discute en un juicio y a la forma en que los jueces deciden los asuntos es un requisito para poder exigir la “responsabilidad social” de los propios juzgadores, es decir, la que deriva de las críticas de la opinión pública. Como lo señala Luigi Ferrajoli,

“La crítica pública de las actividades judiciales –no la genérica de los males de la justicia, sino la argumentada y documentada dirigida a los jueces en particular y a sus concretas resoluciones- expresa, en efecto, el punto de vista de los ciudadanos, externo al orden judicial y legitimado por el hecho de que su fuerza no se basa en el poder sino únicamente en la razón... Es por esta vía, mucho mejor que a través de las sanciones jurídicas o políticas, como se ejerce el control popular sobre la justicia, se rompe la separación de la función judicial, se emancipan los jueces de los vínculos políticos, burocráticos y corporativos, se deslegitiman los malos magistrados y la mala jurisprudencia y se elabora y se da continuamente nuevo fundamento a la deontología judicial”<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 616.

<sup>43</sup> Canetti, Elías, *Masa y poder*, Muchnik Editores, Barcelona, 2000, pp. 304, 306 y 307.

<sup>44</sup> *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 602.

La publicidad de las actuaciones judiciales es propia de los procesos acusatorios y modernos, frente al secretismo imperante en los procesos de corte inquisitivo, basados en la confección de un expediente que, en la práctica, resulta inexpugnable incluso para las partes. En ese tenor, la publicidad es una garantía para el procesado, lo es también para la sociedad interesada en una recta administración de la justicia penal y lo es, finalmente, para los propios jueces, puesto que al actuar en público pueden ser inmunizados frente a ciertas presiones de que podrían ser objeto en caso de actuaciones cerradas y secretas. Tiene razón Perfecto Andrés Ibáñez cuando escribe que “Referida a la jurisdicción, la publicidad tiene un primero y nuclear sentido de garantía del imputado, que debe presidir su tratamiento normativo y su proyección práctica. Desde este punto de vista, la publicidad se opone al secreto de las actuaciones judiciales y busca dar a éstas un grado de transparencia que haga posible el control de las mismas por quienes son parte o están directamente interesados en la causa (publicidad *interna*); y por quienes, simplemente como ciudadanos, tienen un genérico y objetivo interés en que el desarrollo del trámite de aplicación del derecho penal no sea arbitrario y discurra por cauces legales (publicidad *externa*)”<sup>45</sup>.

Ahora bien, asentado lo anterior, también debemos reconocer que el principio de publicidad en el proceso penal puede y debe tener límites. Así por ejemplo, en ciertos casos quizá sea necesario reservar la identidad de ciertos testigos a fin de proteger su integridad física. Cuando se ventilan procesos por delitos sexuales o que tengan como víctimas a menores de edad también debe exigirse un mayor nivel de sigilo, a fin de proteger la intimidad, la honra y el buen nombre de las propias víctimas.

En el derecho comparado, tanto nacional de otros países como internacional, hay casos en que se reserva el nombre de las partes. Por ejemplo, en ocasiones los expedientes se identifican como “X, Y y Z contra Bélgica”, para proteger la identidad de menores o de personas que han sido víctimas de delitos que generan una especial sensibilidad social (como los ya mencionados de naturaleza sexual).

En este sentido puede mencionarse que en el caso *Newspaper Co. vs. Superior Court*, la Suprema Corte estadounidense sostuvo la pertinencia de restringir el acceso a la información judicial en materia penal cuando, por ejemplo, una víctima menor de edad en

---

<sup>45</sup> Andrés Ibáñez, Perfecto, “Proceso penal: ¿qué clase de publicidad y para qué?”, cit., pp. 64-65.

delitos de carácter sexual esté prestando testimonio<sup>46</sup>, lo cual es muy entendible pues tiende a proteger el interés superior del niño expresamente tutelado por la Convención de los Derechos del Niño de la ONU (de 1989).

Hay casos en que ciertos intereses pueden estar por encima del interés que existe en conocer la información producida en una sala judicial, lo cual puede incluir en ocasiones que se mantengan en reserva los nombres de las partes involucradas. Por eso es que creemos que sería prudente que se pudiera tener algún tipo de excepción para “casos sensibles”, en los que no se pudiera dar a conocer los nombres de alguna de las partes en un juicio.

También debemos hacernos cargo de la “presión” que puede significar, en un contexto de altísima publicidad judicial, la presencia de los medios de comunicación. Los medios tienen un papel central para ventilar y difundir lo que sucede en los tribunales, pero a veces privilegian la información amarillista y emiten sentencias anticipadas que pueden generar cierta tensión en el efectivo disfrute de derechos como la presunción de inocencia y el derecho a la intimidad.

El derecho de acceso a la información judicial y el ejercicio de la libertad de expresión pueden, en ciertos supuestos, entrar en tensión con el derecho a un juicio justo, según aprecian algunos especialistas<sup>47</sup>.

Los medios no se limitan a informar sobre lo que sucede en los tribunales, sino que agregan sus propias consideraciones sobre las personas sujetas a proceso y sobre la rectitud del quehacer judicial, sobre todo cuando se trata de juicios seguidos contra personas con un alto perfil público<sup>48</sup>.

En cualquier caso la publicidad debe ser una nota omnipresente en los procesos judiciales, pero no en la eventual etapa previa de detención e investigación. En México es frecuente que los medios de comunicación den a conocer los nombres y las fotografías o imágenes de personas que acaban de ser detenidas. No hay contra ellos ningún elemento que los haga culpables de haber cometido un delito y sin embargo son exhibidos públicamente como violadores, asesinos o ladrones. Los medios de comunicación, con el apoyo y la

---

<sup>46</sup> En el caso *Newspaper Co. vs. Superior Court*, 457 U.S. 596.

<sup>47</sup> Ver la muy completa exposición de Barendt, Eric, *Freedom of speech*, 2ª edición, Nueva York, Oxford University Press, 2007, pp. 312 y siguientes.

<sup>48</sup> Andrés Ibáñez, Perfecto, “Proceso penal: ¿qué clase de publicidad y para qué?”, cit., p. 65.

connivencia de las autoridades policiales o ministeriales, vulneran de esa forma la presunción de inocencia (entendida no solamente como un derecho intraprocesal, sino como una protección del individuo también frente a su desdoro público, a la vejación de que puede ser objeto por sus conocidos, por sus vecinos, por la comunidad en que se desenvuelve)<sup>49</sup>.

La “presentación” de individuos recién detenidos debería respetar su intimidad, tal y como lo permiten los modernos sistemas electrónicos (por ejemplo mediante la distorsión de su rostro o de su voz). No estamos a favor de detenciones secretas, sino de preservar el debido equilibrio entre los intereses que el principio de publicidad pone en juego y, en ciertos supuestos, en tensión. Perfecto Andrés ha señalado al respecto lo siguiente: “Creo que en materia de proceso penal, el pesado gravamen que su sola instauración representa para el afectado no debería verse incrementado por la *pena* sobreañadida de la difusión de los datos que inducen una anticipación del juicio y muy perturbadores efectos dentro del mismo. Siquiera hasta la existencia de una hipótesis acusatoria suficientemente contrastada y madura, apta para determinar la apertura de aquél”<sup>50</sup>.

#### 10. Principio de defensa técnica.

Un elemento clave para la construcción de un proceso penal moderno, de corte acusatorio y oral, es la igualdad entre las partes dentro del proceso. Dicha igualdad debe darse en un número importante de aspectos procesales. Uno de ellos es el de la calidad de la defensa, lo que asegura que la persona imputada realmente ejerza a plenitud los derechos que le reconocen la Constitución y las leyes. Si la defensa que recibe un procesado es de baja calidad, es probable que quede en una situación de desventaja frente a los elementos que pueda aportar ante el juez la parte acusadora.

Una buena defensa penal supone la preparación técnico-jurídica del defensor. Creemos que no cuenta con dicha preparación cualquier persona, sino que debe existir una exigencia constitucional y legal para que los defensores en materia penal sean peritos en derecho. De esta manera, si bien no se asegura en todos los casos que el defensor tenga la capacidad y la

---

<sup>49</sup> Barendt, Eric, *Freedom of speech*, cit., p. 315.

<sup>50</sup> Andrés Ibáñez, Perfecto, “Proceso penal: ¿qué clase de publicidad y para qué?”, cit., p. 71.

diligencia para realizar una buena defensa, al menos se disminuye el riesgo de que el procesado quede en manos de los llamados “coyotes”, que son personas sin preparación (y muchas veces sin ética profesional y personal) que extorsionan a sus clientes y los abandonan tan pronto como han recibido su pago<sup>51</sup>.

Es importante, en esa virtud, que la Constitución exija que la defensa en materia penal sea de carácter técnico, lo que equivale a decir que solamente puedan litigar quienes han obtenido un título profesional de abogado. Adicionalmente podría pensarse en algún mecanismo de acreditación para los titulados, como sucede en otros países. De esa forma podríamos avanzar hacia un esquema que asegurase no solamente la presencia exclusiva de abogados dentro de la defensa penal, sino que además podríamos verificar el grado de actualización de los mismos y su acreditada solvencia técnica y ética.

Asegurada la defensa técnica a nivel constitucional, debería desarrollarse por vía legislativa un esquema de patrocinio público de defensores basado no solamente en el clásico mecanismo de los defensores públicos, sino quizá también de abogados particulares que pudieran realizar la defensa de procesados sin recursos. La experiencia de otros países puede resultar enriquecedora para una futura reforma en México.

En Chile y en Guatemala se cuenta con un sistema mixto de defensa pública, el cual corre a cargo de abogados que trabajan para el Estado y de abogados particulares que son contratados para llevar ciertos casos. La defensoría pública puede configurarse bajo diversos esquemas. En algunos países depende del poder ejecutivo (Bolivia, Chile en parte), en otros está bajo el control del poder judicial (Costa Rica, Ecuador, Honduras, Paraguay, Venezuela, México a nivel federal) y en otros más trabaja dentro de la organización del Ministerio Público (El Salvador)<sup>52</sup>.

Lo importante es asegurar que, bajo el esquema institucional que se prefiera, todos los procesados cuenten con un buen nivel en su defensa, al menos igual que el que tiene el órgano acusador.

---

<sup>51</sup> Aunque sigue siendo incipiente, ya se está comenzando a generar cierta literatura sobre el papel de los abogados en México, la preparación con que cuentan, su número, los requisitos para el acceso al ejercicio profesional, etcétera. Ver por ejemplo Fix Fierro, Héctor (editor), *Del gobierno de los abogados al imperio de las leyes. Estudios sociojurídicos sobre educación y profesión jurídicas en el México contemporáneo*, México, IJ-UNAM, 2006; una visión muy completa puede también encontrarse en Díez-Picazo, Luis María (coordinador), *El oficio de jurista*, Madrid, Siglo XXI editores, 2006

<sup>52</sup> Riego, Christian, “Informe comparativo: proyecto de seguimiento de los procesos de reforma judicial en América Latina”, *Reforma judicial. Revista mexicana de justicia*, número 7, México, enero-junio de 2006, pp. 208-209.

Tengamos presente el hecho de que en aquellos países que han realizado el cambio de sus procesos penales inquisitivos hacia sistemas acusatorios y orales, la defensa ha tenido un papel central para su éxito. Un sistema de juicios orales es más exigente no solamente con los órganos acusadores y sentenciadores, sino también con los abogados por requerir inexcusablemente su presencia en todas las diligencias procesales.

#### 11. Indemnización por error judicial.

No podemos negar que existe una preocupante práctica de las autoridades mexicanas de violar las normas constitucionales y legales al momento de efectuar detenciones, ya sea porque detienen de forma arbitraria (sin orden judicial y fuera del supuesto de flagrancia) o porque una vez practicada la detención se realizan abusos físicos o psicológicos sobre los detenidos.

Es en este contexto que consideramos que una forma de “desestimular” la práctica de las detenciones indebidas o arbitrarias por parte de las autoridades puede darse a partir del establecimiento de una responsabilidad patrimonial a cargo del Estado. Se trataría de que cualquier persona que fuera víctima de una detención arbitraria recibiera una indemnización económica, con independencia de las responsabilidades penales, administrativas y/o civiles a que se hiciera acreedor el sujeto que llevó a cabo la detención indebidamente. Este tipo de responsabilidad quizá pueda desprenderse actualmente de lo que ordena el párrafo segundo del artículo 113 constitucional (referido en general a la responsabilidad patrimonial del Estado por actividades administrativas “irregulares”<sup>53</sup>), pero podría incluso ser objeto de una previsión específica en el propio texto constitucional dentro de la parte en la que se refiere a los derechos de las personas sometidas a un proceso penal (o incluso dentro del artículo 16, cuando hace referencia a los supuestos en los que se puede detener a una persona).

La obligación de indemnizar a las víctimas de detenciones arbitrarias tiene fundamento en diversas normas del derecho internacional de los derechos humanos. Por ejemplo en el artículo 9, párrafo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dispone:

---

<sup>53</sup> Al respecto, Fix Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, UNAM, Porrúa, 2005, pp. 193 y siguientes.

“Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”. De forma parecida, aunque en referencia estrictamente al error judicial, el artículo 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que “Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial”<sup>54</sup>.

Para la forma en que se podría redactar una futura reforma constitucional en México puede considerarse el texto del párrafo 5 del artículo 27 de la Constitución de Portugal, cuyo texto establece: “Toda privación de libertad contra lo dispuesto en la Constitución y en la ley obligará al Estado a indemnizar a la persona así lesionada en los términos que la propia ley establezca”.

Es importante considerar que el derecho a ser indemnizado no surge solamente en el caso de detención arbitraria, sino también por error judicial, es decir, cuando una persona es condenada indebidamente o cuando ha sufrido prisión preventiva fuera de los casos legalmente previstos.

## 12. Medidas alternativas al proceso.

El éxito de un sistema de juicios orales reside en parte en la posibilidad efectiva de gestionar un volumen importante de causas penales. Si ese volumen excede la capacidad de gestión de los órganos acusadores o de los órganos judiciales entonces el sistema enfrentará enormes problemas, pues ante ese escenario es posible que las audiencias se difieran o se programen en periodos de tiempo muy extensos, anulando las ventajas que comporta un sistema de juicios orales.

Al respecto Mauricio Duce afirma: “La función más básica que un sistema de justicia criminal debe estar en condiciones de satisfacer es la capacidad de manejar razonablemente los casos que conoce, o bien, hacerse cargo del flujo de casos que recibe. En este sentido, la variable principal que condiciona el correcto funcionamiento de un sistema de justicia criminal es el manejo y el control del flujo de casos que recibe. En la medida que el sistema no desarrolle una política de control del flujo de casos que le permita dominar la carga de

---

<sup>54</sup> Sobre el punto concreto de la responsabilidad por error judicial, ver López Olvera, Miguel A., “La responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial” en VV. AA., *Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México*, México, UNAM, 2007, pp. 575 y siguientes.

trabajo, resulta difícil que pueda operar dentro de parámetros mínimos de racionalidad y de calidad. En este sentido, la sobrecarga de trabajo de los sistemas de justicia criminal pareciera ser el principal foco de problemas para el funcionamiento de los mismos. Por estas razones, la mayoría de las reformas procesales establecieron un conjunto de criterios e instituciones que le permitan al Ministerio Público desarrollar una política de control de la carga de trabajo del sistema, con el objetivo de superar la situación que imponía la vigencia irrestricta del principio de legalidad en el contexto de los sistemas inquisitivos<sup>55</sup>.

Para lograr ese objetivo se debe permitir que dentro del procedimiento penal existan salidas alternativas que permitan tutelar con prontitud los intereses de las partes involucradas. La experiencia comparada demuestra que en otros países se permiten salidas como la suspensión a prueba del procedimiento, el acuerdo reparatorio, la conciliación y la mediación. La presencia de estos elementos es una constante en todos los países de América Latina que han transitado a un sistema acusatorio<sup>56</sup>.

De forma parecida, algunos especialistas recomiendan la creación de facultades discrecionales a cargo de los órganos acusadores o de los jueces, a fin de poder archivar o desestimar una causa o una denuncia, así como ejercer criterios de oportunidad en ciertos casos. Nosotros creemos que estas propuestas son atendibles, pero que deben ser puestas en práctica con ciertas salvaguardas, a fin de garantizar todos los derechos que están en juego.

Por una parte, la sociedad tiene interés en que la administración de justicia penal sea eficiente, eficaz, pronta y expedita. Pero también existen intereses de las víctimas o de los imputados que deben ser puntualmente garantizados. Tal es el caso del derecho a la reparación del daño o del derecho a la tutela judicial efectiva. El principio de oportunidad de la acción penal puede entrar en tensión, por citar un ejemplo, con el principio de legalidad que rige la actuación de los ministerios públicos<sup>57</sup>.

Señalamos simplemente la existencia de tales tensiones, si bien pensamos que un buen diseño constitucional y legislativo puede salvarlas perfectamente, tal como lo han hecho

---

<sup>55</sup> Duce, Mauricio, “El ministerio público en la reforma procesal penal en América Latina: visión general del estado de los cambios”, *Reforma judicial. Revista mexicana de justicia*, número 6, México, julio-diciembre de 2005, pp. 202-203.

<sup>56</sup> Riego, Cristian, “Reformas procesales penales en América Latina: una visión comparada acerca de la implementación y experiencias de innovación”, *Actualidad judicial. Revista del poder judicial del Estado de Zacatecas*, año 1, número 1, Zacatecas, septiembre de 2007, p. 29.

<sup>57</sup> En este sentido ver Bovino, Alberto, *Justicia penal y derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, pp. 221 y siguientes.

otros países. Estamos convencidos de que un sistema de juicios orales requiere la presencia de elementos innovadores, que permitan un adecuado funcionamiento de todas sus partes. Por eso es que apoyamos abiertamente la idea de generar salidas alternativas, de introducir criterios de oportunidad o formas de procedimiento abreviado, pero siempre que su ejercicio no conculque los derechos fundamentales de víctimas y procesados.

Respecto del principio de oportunidad, que es poco conocido en nuestro entorno jurídico, Bovino apunta lo siguiente: “Frente al reconocimiento de la imposibilidad fáctica de perseguir todos los delitos, surge el principio de oportunidad, según el cual, cuando se toma conocimiento de hechos punibles, puede no iniciarse o suspenderse la persecución penal, por razones de conveniencia, de utilidad o de asignación de recursos. A través de su aplicación, se pretende racionalizar la selección que necesariamente tendrá lugar en la práctica, a partir de criterios distintos –explícitos y controlables- de los que aplica normalmente todo sistema de justicia penal”<sup>58</sup>.

Un buen ejemplo de regulación legislativa del principio de oportunidad se encuentra en el artículo 22 del Código de Procedimientos Penales de Costa Rica, el cual permite al ministerio público prescindir de la persecución penal: a) cuando se trate de hechos insignificantes, de mínima culpabilidad del autor, salvo que se afecte al interés público o lo haya cometido un funcionario público en el ejercicio de su cargo o con motivo de él; b) cuando se trate de delitos graves, incluso de aquellos catalogados como de delincuencia organizada, pero el sujeto colabore con la justicia brindando información esencial para evitar la perpetración de nuevos delitos o para determinar la responsabilidad de otros imputados; c) cuando el imputado haya sufrido daño físico o moral grave, que torne desproporcionada la aplicación de la pena, etcétera. El ejercicio de principio de oportunidad debe ser autorizado por la autoridad judicial. Un ejemplo de regulación con mayores controles puede encontrarse en el artículo 170 del Código de Procedimientos Penales de Chile.

La experiencia comparada demuestra que el uso de salidas alternativas y el ejercicio de facultades discrecionales por parte del Ministerio Público es muy variable. En Bolivia las medidas alternativas y las facultades discrecionales se utilizan en el 40% de los casos, pero

---

<sup>58</sup> Bovino, Alberto, *Justicia penal y derechos humanos*, cit., p. 226.

esa cifra se eleva en el caso de Costa Rica hasta el 64% y en el de Chile hasta el 75%. En países como Ecuador, Honduras, Guatemala y Paraguay ese indicador no supera el 10%<sup>59</sup>. Ferrajoli ha criticado duramente la posibilidad de que la acción penal deje de ser obligatoria y se cree un ámbito de “negociación” entre el presunto responsable y el órgano acusador. La posibilidad de negociar una “rebaja” de la acusación o incluso el no ejercicio de la acción penal, dice Ferrajoli, es una fuente inagotable de arbitrariedades: “arbitrariedades por omisión, ya que no cabe ningún control eficaz sobre los favoritismos que puedan sugerir la inercia o el carácter incompleto de la acusación; favoritismos por acción, al resultar inevitable, como enseña la experiencia, que el *plea bargaining* sea la regla y el juicio se convierta en una excepción, prefiriendo muchos imputados inocentes declararse culpables antes que someterse a los costes y riesgos del juicio”<sup>60</sup>. Sin embargo, el mismo autor reconoce la necesidad de que el sistema penal concentre su esfuerzo en perseguir con eficacia la criminalidad de mayor escala, incluyendo a la de signo transnacional. Para ello es necesario dejar de dedicar tantos recursos humanos y materiales a delitos de menor gravedad (que quizá deberían ser simplemente excluidos de la esfera de regulación penal), como por ejemplo los relacionados con el consumo de drogas<sup>61</sup>.

### 13. Lectura de derechos.

Otro principio que debería estar presente en una reforma modernizadora de nuestro sistema procesal penal es el que se resume en la obligación de las autoridades que practiquen cualquier detención de informar a la persona detenida sobre los derechos que le asisten. Para tal efecto creemos que se podría incorporar al texto constitucional la obligación de toda autoridad que lleva a cabo una detención de informar sobre la causa de su detención y sobre sus derechos<sup>62</sup>. Se trata de una práctica que existe en muchos países y que en México sería muy útil en la medida en que, lamentablemente, las personas conocen escasamente sus

---

<sup>59</sup> Duce, Mauricio, “El ministerio público en la reforma procesal penal en América Latina: visión general del estado de los cambios”, cit., p. 203.

<sup>60</sup> Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., pp. 568-569.

<sup>61</sup> Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., tomo II, p. 368.

<sup>62</sup> Para un análisis de los elementos que componen este derecho, Barona Vilar, Silvia, “Garantías y derechos de los detenidos” en la obra colectiva *Derechos procesales fundamentales*, Madrid, CGPJ-Escuela Judicial, 2005, pp. 62 y siguientes.

derechos. La sanción en caso de que no se le diera “lectura” a los derechos podría llegar a ser la nulidad de todo lo actuado y la puesta en completa libertad del detenido.

En Estados Unidos existe una obligación de este tipo, pero su origen no se encuentra directa y claramente establecido en el texto de su Constitución, sino en un criterio jurisprudencial. Se trata del conocido caso “Miranda versus Arizona”, resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos en 1966<sup>63</sup>.

El caso *Miranda* es quizá el que más se ha visto en películas y series televisivas de los Estados Unidos. En ellas es común ver que cuando arrestan a una persona la policía lo primero que hace es “leerle” sus derechos. Dicha “lectura” comienza con una frase hecha que más o menos dice así: “Tiene Usted derecho a guardar silencio; todo lo que diga podrá ser usado en su contra...”. Esta frase tiene su origen, justamente, en el precedente judicial establecido por la Suprema Corte en el caso *Miranda*.

Ernesto Miranda fue acusado de violar a una adolescente en Phoenix, Arizona. No había pruebas directas que lo incriminaran, puesto que la víctima no vio la cara del acusado durante la violación. Algunos testigos vieron su coche en el lugar de los hechos. Sin embargo, estando detenido en las dependencias policiales, después de dos horas de interrogatorios, Miranda estuvo de acuerdo en firmar una confesión reconociendo que había cometido el delito que se le imputaba.

El caso llegó ante la Suprema Corte. La cuestión constitucional debatida era el alcance de la Enmienda 5 de la Constitución de los Estados Unidos, que establece que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. ¿La Enmienda obligaba a la policía a advertir a los detenidos de ese derecho bajo la sanción de producir una nulidad de juicio? ¿tenía derecho el detenido a consultar un abogado antes de hablar con cualquier oficial de la fuerza pública, ya fuera policía ya fuera fiscal?

El abogado de *Arizona* pidió en el argumento oral que la Corte no promoviera la idea de que los detenidos podían consultar a sus abogados antes de declarar ante la policía. El *chief justice* Earl Warren le preguntó entonces si consideraba que los abogados eran una amenaza.

---

<sup>63</sup> La bibliografía sobre el caso Miranda es muy extensa; para una primera aproximación pueden verse las voces “Miranda versus Arizona” y “Miranda warnings” en *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, 2a edición, Nueva York, Oxford University Press, 2005, pp. 641-645.

Al final la Corte le dio la razón a *Miranda*. La ponencia del caso fue del propio Warren, quien a nombre de una escasa mayoría de *justices* consideró que el interrogatorio policial sin presencia del abogado era contrario a la dignidad humana. Para preservar el derecho a no declarar contra uno mismo la policía debía poner en conocimiento de todo detenido la “advertencia Miranda” (*Miranda warning*), que es justamente la que tantas veces hemos visto en las películas norteamericanas.

La sentencia detalla con gran claridad lo que debe hacer la policía al momento de practicar una detención. Algunos de sus párrafos más importantes son los siguientes<sup>64</sup>:

“Antes de realizar cualquier pregunta (por parte de la policía), se ha de informar al detenido que tiene derecho a guardar silencio, que todo cuanto declare puede ser utilizado como prueba en su contra y que tiene derecho a la asistencia de un abogado, de su designación o de oficio. El detenido puede renunciar a ejercer estos derechos, siempre que la renuncia sea consciente, deliberada y voluntaria. Además, si manifiesta en uno u otro modo y en cualquier momento su deseo de consultar un abogado, el interrogatorio no puede continuar hasta que no se realice la consulta.

“Una persona que no está en su medio familiar u ordinario sino en una dependencia policial o bajo detención policial, rodeado de personas que puede considerar hostiles, y sometido a las técnicas de interrogatorio, está en realidad sufriendo coerción para declarar. En términos prácticos, la intimidación para declarar en una comisaría de policía puede ser mucho mayor que ante un tribunal o ante otros funcionarios, porque en estos últimos casos suelen estar presentes personas imparciales que impiden el uso de la fuerza o de medios equívocos o tramposos...

“Para empezar, a los detenidos que se va a interrogar se les debe inmediatamente informar en términos claros e inequívocos que tienen derecho a permanecer en silencio...

“Sólo si las autoridades expresa y claramente le informan de sus derechos puede afirmarse sin ningún género de dudas que el detenido era del todo consciente de ellos”.

El *justice* Byron White consideró en su opinión disidente que esta sentencia permitiría que violadores y homicidas volvieran a la calle para seguir delinquiendo. No fue el caso de Ernesto Miranda, quien fue condenado en un segundo juicio por un tribunal que no tomó en cuenta su confesión ante la policía, pero al que le pareció que había suficiente evidencia para demostrar su culpabilidad.

En el periodo 2003-2004 de la Corte Suprema de los Estados Unidos se presentó un caso que pudo haber echado abajo el precedente *Miranda*. Se trató del caso *Missouri vs. Seibert*, en el que se discutía si la policía podía interrogar a un detenido antes de darle a conocer la llamada “Miranda warning” y después de hacerlo; de esa manera la policía no podía utilizar la primera declaración pero tenía elementos a fin de presionar al detenido para no

---

<sup>64</sup> La traducción de la sentencia puede verse en Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, CEPC, BOE, 2005, páginas 344-353.

desdecirse de lo que ya había confesado, aunque no tuviera valor legal. La táctica policial fue declarada inconstitucional por la Corte, pero por una ajustada votación de 5 a 4<sup>65</sup>.

La lectura de los derechos de las personas detenidas cobra todo su sentido cuando se toman en cuenta los datos sobre el enorme porcentaje de detenidos que no cuentan con ninguna asistencia de abogado mientras se encuentran frente al Ministerio Público e incluso cuando rinden su declaración preparatoria ante la autoridad judicial.

Ante estos extendidos y evidentes fenómenos de “desprotección” –por decirlo de alguna manera- de las personas detenidas, el hecho de que conozcan sus derechos puede ser de gran ayuda en la práctica. El impacto de una medida de este tipo puede ser muy positivo para evitar abusos tanto en el momento de la detención como incluso durante el tiempo que transcurre entre esta y la puesta a disposición del detenido ante la autoridad judicial.

La obligación de informar a las personas detenidas sobre sus derechos existe tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho comparado. Respecto de lo primero puede citarse, por ejemplo el párrafo 2 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece: “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”. Un precepto semejante se encuentra en el artículo 7, párrafo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En las llamadas “Reglas de Mallorca”, redactadas por un grupo de expertos a solicitud de la ONU, relativas al tema de la administración de la justicia penal, se señala que “La persona sobre la que pesa sospecha de parte de los órganos de persecución, no podrá ser interrogada sin ser advertida, previamente, que tiene el derecho a contar con asistencia de un abogado o a guardar silencio o abstenerse de declarar contra sí mismo” (Principio Octavo, párrafo primero).

En el derecho comparado encontramos por ejemplo el artículo 17 párrafo 3 de la Constitución española que señala: “Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención”. También es de interés citar el artículo 27 párrafo 4 de la Constitución portuguesa cuyo texto establece, de forma parecida al ejemplo español, que: “Toda persona

---

<sup>65</sup> Ver la nota de Linda Greenhouse, “The year Rehnquist may have lost his court”, *New York Times*, 5 de julio de 2004, p. A12.

privada de su libertad deberá ser informada inmediatamente y de forma comprensible de las razones de su prisión o detención y de sus derechos”.

#### 14. Monopolio de la acción penal.

Aunque se trata, siguiendo la terminología de Ferrajoli, de una garantía orgánica más que procesal, creemos conveniente apuntar de forma muy somera la necesidad de que la reforma al sistema penal mexicano atienda el grave problema del monopolio de la acción penal en manos del Ministerio Público.

Lo mejor que puede hacerse en este caso es caminar hacia un esquema que mantenga la obligación del Ministerio Público de investigar y perseguir los delitos (considerando también atribuciones para buscar salidas alternas al proceso), permitiendo a la vez que los particulares puedan, bajo ciertas circunstancias y cumpliendo determinados requisitos que deberá señalar la ley, solicitar la apertura de un proceso penal.

No se trata de eximir al Ministerio Público de que cumpla con su tarea constitucionalmente ordenada de investigar y perseguir la comisión de delitos, ni de banalizar la acción penal, de forma que termine sirviendo para solucionar pleitos entre vecinos o rencillas conyugales. De lo que se trata, más bien, es de permitir que en ciertos casos los particulares no tengan que transitar necesariamente por esa aduana costosa, lenta, ineficaz y a veces corrupta que es en México el Ministerio Público, o al menos que no tengan que hacerlo siempre e indefectiblemente.

Lo ideal sería prever dicha posibilidad en el texto constitucional y que sea la ley la que se encargue de precisar los requisitos para que los particulares ejerzan la acción penal.

En cualquier caso, consideramos que debería estar también en manos de los particulares el ejercicio de la acción penal cuando se trate de presuntos delitos cometidos por funcionarios públicos o dirigentes de partidos políticos. La falta de autonomía del Ministerio Público, a la que haremos referencia en el apartado inmediato siguiente, ha servido en México para encubrir a funcionarios públicos que han cometido delitos o para hacer consignaciones penales verdaderamente ridículas, cuyo único objetivo era obligar a los jueces competentes a sobreseer el juicio o declarar la inocencia del imputado.

No parece muy sensato que siendo México uno de los países con mayor grado de corrupción en toda América Latina, no lleguen al conocimiento de la jurisdicción penal más que un puñado de casos insignificantes en contra de funcionarios públicos. Esa distancia entre la corrupción imperante y la falta de responsabilidad penal solamente se explica por la connivencia entre el Ministerio Público y el resto de los órganos del Estado mexicano, basada, apuntalada y propiciada en un mal diseño institucional.

#### 15. Autonomía del Ministerio Público.

El Ministerio Público juega un papel central en los procesos de reforma al sistema penal. Bajo un sistema de corte acusatorio-oral, el Ministerio Público está llamado a desempeñar su función de forma muy distinta a la que tiene bajo un sistema inquisitivo. Para que ese desempeño sea adecuado es necesario dotar al Ministerio Público de los medios necesarios para realizar eficaz y eficientemente su trabajo. Esto supone, para el caso mexicano, abordar el tema de su diseño institucional.

De hecho, podemos afirmar que el debate actual sobre el ministerio público se centra precisamente en el tema de su idónea o correcta ubicación institucional. En concreto, se discute si debe seguir siendo una instancia del poder ejecutivo federal o bien si se debe avanzar hacia su completa autonomía. No se trata, aunque pueda parecerlo, de una cuestión sencilla. Si fuera fácil tomar una decisión sobre este asunto es seguro que ya habría quedado resuelto desde hace años. Con todo, parece que en los últimos tiempos se ha venido forjando un cierto consenso entre los especialistas en el tema, que defienden abiertamente la necesidad de darle autonomía constitucional al ministerio público.

Así por ejemplo, Sergio García Ramírez ha escrito que “ha llegado el tiempo de que el Ministerio Público se asuma como órgano autónomo del Estado mexicano... En mi opinión debiera cumplirse de una vez la independencia de la institución, porque existe la necesidad y la posibilidad de hacerlo: un órgano autónomo recorrería con vientos más favorables su misión en el Estado moderno, que es el Estado de hoy. Vale la pena intentarlo. No sería aventura, sino culminación de un ascenso, favorecido por las nuevas circunstancias”<sup>66</sup>.

---

<sup>66</sup> García Ramírez, Sergio, “A manera de prólogo” en Fix Zamudio, Héctor, *Función constitucional del ministerio público. Tres ensayos y un epílogo*, México, UNAM, 2002, p. 14.

Por su parte, Fix Zamudio explica esta idea con las siguientes palabras: “...es preciso lograr que el Ministerio Público no dependa jerárquica y discrecionalmente del Poder Ejecutivo, tanto en el ámbito federal como de las entidades federativas, y en esta dirección basta pasar revista a los cambios recientes que se observan en varios ordenamientos latinoamericanos, en los cuales o bien se adscribe al Ministerio Público al Poder Judicial, o bien se le otorga autonomía respecto del Ejecutivo, con el objeto de conferirle una mayor independencia”<sup>67</sup>.

La autonomía del ministerio público es necesaria, entre otras cuestiones, para permitir la eficaz persecución de los delitos cometidos desde el poder público. Si se combina la dependencia jerárquica del ministerio público con el monopolio de la acción penal en 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.

Como lo señala Perfecto Andrés, “...repensar seriamente el proceso penal, en particular la posición institucional de los sujetos encargados de gestionarlo y, más todavía, la del responsable del ejercicio de la acción pública, exige dotar a unos y otros de un estatuto que les haga realmente capaces de actuar con independencia y eficacia, desde la legalidad, sobre las manifestaciones delincuenciales que se produzcan en el interior del propio Estado”<sup>68</sup>; según el mismo autor, como pone en evidencia el caso italiano en los procesos iniciados en el movimiento que fue conocido como *Mani Pulite*, “sólo desde la independencia ha resultado posible hacer frente –en la limitada medida que cabe hacerlo, no nos engañemos- a la brutal evidencia de una clase política y un Estado masivamente delincuentes”<sup>69</sup>.

La dependencia orgánica del ministerio público respecto al poder ejecutivo no asegura el mejor cumplimiento del principio de legalidad, como lo había advertido desde hace décadas Francesco Carrara, quien al respecto sostenía que “si (el fiscal) estuviera encadenado al Poder Ejecutivo, será mentira llamarlo *representante de la ley*, no siendo sino un

---

<sup>67</sup> *Función constitucional del Ministerio Público*, cit., p. 171.

<sup>68</sup> “Por un ministerio público dentro de la legalidad”, *Nueva Doctrina Penal*, Madrid, 1998, p. 439.

<sup>69</sup> “Por un ministerio público dentro de la legalidad”, cit., p. 463.

investigador *representante del gobierno*, que siempre pondrá el *querer de éste* por encima de la *voluntad de la ley*”<sup>70</sup>.

La independencia o autonomía del ministerio público, finalmente, encajarían bien en una teoría garantista del derecho, pues como afirma Luigi Ferrajoli, hay que extender a los órganos de la acusación penal “las mismas garantías de *independencia* y de *sujeción sólo a la ley*, reservadas a los órganos judiciales... lo que se precisa, en garantía de la obligatoriedad de la acción penal y por tanto de su sujeción sólo a la ley, es también la total autonomía del órgano encargado de su ejercicio, frente a cualquier poder o condicionamiento, y, además, la existencia de una policía eficiente, profesionalizada, a su vez libre de las injerencias del ejecutivo o de otros poderes, situada bajo su dependencia”<sup>71</sup>.

La autonomía constitucional del ministerio público, en caso de ser aprobada, se debe complementar con la instauración de la carrera ministerial, semejante a la que existe en el ámbito judicial, que permitiría darles estabilidad en el cargo a los integrantes de las procuradurías de justicia, así como favorecer su profesionalización. La carrera ministerial tendría que ser administrada por una especie de “consejo del ministerio público”, semejante al consejo de la judicatura federal<sup>72</sup>.

Cabe señalar que la autonomía del Ministerio Público sería deseable en México *luego* de haber instaurado el proceso penal acusatorio y oral, ya que de esa manera se moderarían los excesos que un órgano autónomo podría cometer. Las reglas del debido proceso legal aplicadas tanto a la parte sustantiva como a la procesal del derecho penal, moderarían ese riesgo y permitirían que la autonomía ministerial fuera muy positiva, siempre que se nombren para los cargos relevantes a las personas adecuadas.

Los países más representativos de América Latina que han realizado modificaciones a su proceso penal le han ido dando autonomía al Ministerio Público. Es el caso de Argentina, Bolivia, Colombia (que aunque tiene a su Ministerio Público afiliado a la rama judicial, le reconoce autonomía funcional), Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras y Venezuela<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> Citado por Andrés Ibáñez, Perfecto, “Por un ministerio público dentro de la legalidad”, cit., p. 451.

<sup>71</sup> *Derecho y razón*, cit., p. 570.

<sup>72</sup> Fix Zamudio, *Función constitucional del Ministerio Público*, cit., p. 188.

<sup>73</sup> Duce, Mauricio, “El ministerio público en la reforma procesal penal en América Latina: visión general del estado de los cambios”, cit., pp. 185-186.

Ahora bien, luego de haber detallado los temas de la desaparición del monopolio de la acción penal y de la autonomía del Ministerio Público, es necesario poner de manifiesto que todos esos cambios deben propender hacia la evidente necesidad de que el Ministerio Público (con o sin monopolio, con o sin autonomía constitucional) realice una investigación científica del delito. Esto es esencial para el nuevo modelo de procedimiento penal mexicano, pues de esa manera podrá allegar al juez competente los elementos de carácter técnico que hoy no ofrece en el sistema inquisitivo (basado todavía fuertemente en la confesión y en otras pruebas de baja calidad científica)<sup>74</sup>. En el nuevo paradigma del enjuiciamiento penal el Ministerio Público deberá ir más allá –mucho más allá– de lo que ahora hace en el sistema inquisitivo.

#### 16. El reto de la implementación.

Supongamos por un momento que logramos introducir a nivel constitucional y legislativo todos los cambios que son necesarios para contar con un sistema de juicios orales, así como los estándares del debido proceso legal. Ese panorama tan prometedor tendría que enfrentarse a un obstáculo de la mayor importancia: la ruta de puesta en marcha del nuevo sistema procesal penal. Es decir, estaríamos frente al reto de la implementación del sistema. ¿Qué aspectos es necesario cuidar o advertir para que el sistema sea eficazmente implementado? Aunque la nómina de asuntos a tomar en cuenta se podría alargar hasta sumar cientos o quizá miles de asuntos, creemos que los más importantes dilemas a los que hay que ponerles atención son los siguientes:

A) La dimensión geográfica de la reforma; en este punto habría que ser capaces de valorar si es mejor comenzar solamente por algunas entidades federativas (quizá, como enseña la experiencia chilena, aquellas que presenten menores índices delictivos) o si conviene que la reforma abarque en un solo momento todo el territorio de la República. Ambas opciones presentan ventajas e inconvenientes.

La idea de ir progresivamente, de forma que se comience por algunas entidades federativas solamente, tiene la ventaja de enfocar el esfuerzo e ir aprendiendo sobre la marcha, de

---

<sup>74</sup> Ver sobre el tema Taruffo, Michele, “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial”, *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, número 20, México, 2005.

modo que se corrijan los naturales y comprensibles errores que pudieran existir; pero tiene el defecto de introducir un régimen diferenciado de derechos fundamentales, lo que es complejo de justificar.

La idea de avanzar al mismo tiempo en todo el territorio tiene la ventaja de suministrar un mismo piso mínimo compartido de derechos para todos los habitantes del país, aunque tiene la desventaja de suponer un reto que por su magnitud tal vez rebase la disponibilidad objetiva de recursos económicos, técnicos y humanos.

B) El tiempo para la reforma; en este aspecto deseamos subrayar la necesidad de que los autores de la reforma se hagan cargo de que un cambio de fondo, un cambio de paradigma de nuestro enjuiciamiento penal, no puede hacerse de un día para otro, razón por la cual es importante prever un periodo transitorio de tiempo que permita a los actores estar listos cuando el sistema finalmente entre en vigor.

¿Qué periodo de tiempo es el adecuado para realizar el tránsito de un sistema a otro? Desde luego que no existe una respuesta única a esta pregunta y su corrección dependerá en parte de la respuesta que se ofrezca a la pregunta formulada en el inciso anterior. En todo caso, pensamos que el plazo debe ser generoso, de forma que abarque no menos de 3 años, aunque tampoco más de 10.

Como quiera que sea, lo cierto es que un buen sistema penal debe ser capaz de ir introduciendo cambios cada vez que sea necesario, por lo que el cumplimiento de un plazo no evita que se sigan haciendo reformas para mejorar el funcionamiento del sistema.

C) El liderazgo e impulso para la reforma; la experiencia de otros países acredita la necesidad de contar con una especie de órgano coordinador o impulsor de la reforma. Al tratarse de un paradigma nuevo, es importante contar con un grupo de especialistas que explique cada uno de los pasos que la reforma requiere que sean dados, que auxilie en la capacitación de jueces y ministerios públicos, que vaya supervisando los aspectos relacionados con la infraestructura, que explique a la sociedad las consecuencias del cambio, que analice el desempeño de los actores, que proponga nuevos y sucesivos ajustes, etcétera.

Una buena reforma no puede descansar en la inspiración espontánea de los actores ni puede confiar en que el simple paso del tiempo provea de los elementos necesarios para su

consolidación. Por el contrario, se requiere de un impulso político, de un respaldo técnico, de un apoyo presupuestal considerable, entre otras cuestiones.

En esa virtud, estimamos que es necesaria la creación de una oficina que coordine los trabajos en materia de reforma penal, la cual podría depender de la Presidencia de la República.

17. El reto para la profesión jurídica: estudiantes de derechos, abogados litigantes y jueces.

La reforma del procedimiento penal mexicano dependerá, para su éxito, no sola ni principalmente del diseño legislativo que se prevea en la Constitución y los códigos. Para su aplicación práctica será necesario contar con el concurso de voluntades y con el compromiso de los actores principales del nuevo proceso penal: jueces, ministerios públicos y abogados.

Todos ellos tendrán que cambiar, en alguna medida, los esquemas intelectivos y profesionales bajo los que han venido trabajando durante años o décadas. Para lograr que ese proceso de cambio se realice es necesario que todos los actores involucrados asuman como propio el compromiso de administrar un sistema nuevo, el cual les presentará retos y desafíos hasta ahora desconocidos.

Un papel central lo deberán jugar las escuelas y facultades de derecho. La enseñanza del derecho deberá asumir ciertos patrones de cambio a fin de preparar adecuadamente a los futuros jueces, fiscales, abogados defensores e incluso policías.

La educación jurídica deberá privilegiar la formación de abogados con buenas habilidades comunicativas, que puedan hablar bien en público, pero que sobre todo sean capaces de poder analizar fácilmente la médula de un caso, sus circunstancias particulares, el significado de las pruebas, la debilidad de los argumentos del contrario, etcétera. No se trata de preparar abogados que sepan hacer teatro, sino de generar en los estudiantes las habilidades necesarias para operar en un esquema de juicios orales que requiere de un desempeño profesional distinto al que se necesita para trabajar en un proceso inquisitorio escrito.

Por ejemplo, si una etapa clave de la audiencia oral es el interrogatorio de testigos, los abogados deberán ser instruidos en las técnicas que hagan eficaz su participación, ya sea en

defensa del acusado o ya sea por parte del Ministerio Público o de la acusación particular, si la hubiera. Un buen interrogatorio debe ser capaz de centrar la atención del juez en lo esencial, evitando las preguntas fuera de lugar o muy generales (que denotan que el abogado no ha estudiado bien el caso), las preguntas retóricas, sugestivas, capciosas, etcétera<sup>75</sup>.

Los estudiantes y profesores de derecho deben tener claro que litigar juicios orales requiere de una formación específica y de una disciplina que, al menos en México, nos son en buena medida ajenas. La disciplina que se requiere “está lejos de consistir en técnicas de oratoria o desarrollos de la capacidad histriónica, como los prejuicios de nuestra comunidad jurídica suelen creer. En cambio, subyace la idea de que el juicio es un ejercicio profundamente estratégico y que, en consecuencia, comportarse profesionalmente respecto de él consiste – en particular para los abogados, aunque esta visión también altera radicalmente la actuación de los jueces- en construir una teoría del caso adecuada y dominar la técnica para ejecutarla con efectividad”<sup>76</sup>.

También será importante la labor de los jueces y el grado de compromiso institucional y personal que sean capaces de desarrollar. El juez tiene que convertirse en un verdadero líder del cambio de sistema, evitando la tentación de convertirse en un lastre con el fin de proteger sus actuales cotos de poder. Robert MacLean explica esto de la siguiente forma: “En la administración de justicia, la calidad del servicio depende principalmente, por una parte, de los instrumentos, de las herramientas o el equipo que se le facilita al servidor para cumplir su tarea; y de la otra, de que el servidor entienda su misión frente al usuario y la contribución que debe ofrecer a la sociedad en que le toca desempeñarse. Acerca de esto último es imprescindible que el juez tome conciencia de que no es un simple burócrata, mecánico aplicador de los textos legales, sino uno de los líderes que, día a día y caso a caso, va moldeando la estructura de la economía, la política, el comercio, la familia, el individuo y la paz de su comunidad. La responsabilidad del futuro corresponde no sólo a

---

<sup>75</sup> Un buen compendio de cuestiones sobre el interrogatorio dentro del juicio oral puede verse en Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio, *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, México, FCE, 2005.

<sup>76</sup> Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio, *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, cit., 31.

los políticos sino depende de manera principal de cómo se desempeñan los jueces de un país”<sup>77</sup>.

#### 18. Realismo de corto y de largo plazo.

La reforma del procedimiento penal mexicano es un esfuerzo de largo plazo que requiere del apoyo y del compromiso de los actores del sistema e incluso de los usuarios. Como todo cambio que lo sea de verdad, la reforma afectará a intereses creados, pero también ofrecerá nuevas oportunidades para quienes decidan sumarse al fascinante reto de mejorar nuestra justicia penal. Debemos estar advertidos desde el inicio de que la ruta no será fácil y de que tendrán que enfrentarse obstáculos de considerable magnitud, los cuales van desde la falta de recursos económicos hasta la persistencia de una cultura jurídica sumamente tradicionalista y conservadora, alérgica a cualquier cambio que les suponga a los abogados un esfuerzo de actualización y de aprendizaje de nuevas rutinas profesionales.

Lo peor que le podría pasar a la reforma es que se quedara como un cambio meramente cosmético; que el “nuevo” sistema siguiera operando como su antecesor y reprodujera los problemas que han suscitado nuestras reflexiones de las páginas anteriores. Vale la pena citar la inteligente advertencia de Robert MacLean, quien señala: “Legisladores y jueces han sido educados y aculturados para quedarse en la exterioridad y apariencia de ley y justicia. Por ello es que, periódicamente, cuando surgen problemas, se cambia externamente todo y en el fondo no cambia nada, debido a que los problemas no van por ese camino. Todos los cambios son programados a corto plazo y –de lo observado por mí en trabajos de campo en alrededor de veinte países del mundo- esos cambios están irremediablemente condenados al fracaso. Los planes a mediano o largo plazo son usualmente descartados como poco prácticos y el resultado consiste en una legislación nacional cuya vigencia social en la población es cada vez menor, y sistemas de justicia que pueden tener estructuras lógicas o de autoridad espectaculares, pero son social, económica y

---

<sup>77</sup> MacLean, Robert G., “Reformar la justicia: ¿de qué se trata?” en Pásara, Luis (compilador), *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*, México, IIJ-UNAM, 2004, p. 44.

políticamente ineficientes, con reflejos nulos o demasiado lentos frente a los grandes desafíos”<sup>78</sup>.

La advertencia de MacLean debería inmunizarnos contra los ejercicios de “gatopardismo” que han sido tan frecuentes en la historia política y jurídica de México. Una reforma a medias, una reforma que no tenga visión de largo plazo, una reforma que no suministre los insumos necesarios para su propia viabilidad y que no sea capaz de hacer explícitos los incentivos para los actores, será una reforma no solamente negativa por lo que dejará de hacer, sino también porque provocará una sensación de impotencia y de incredulidad que será muy difícil de remontar en el futuro. Por tanto, esperamos sinceramente que quienes se encarguen de conducir la reforma de nuestro sistema penal estén, por una vez, a la altura del desafío que deben enfrentar.

Si bien la ruta para coronar con éxito la reforma parece ofrecer muchos elementos en contra, debemos hacer un ejercicio de realismo de corto y de largo plazo. A corto plazo los obstáculos son innumerables, pero a largo plazo la reforma del sistema penal es el único horizonte aceptable, si tomamos en cuenta la situación de la que estamos partiendo, que es desde todos los puntos de vista desastrosa<sup>79</sup>. Por tanto, hay que ser capaces de elevar por un momento la mirada y tratar de vislumbrar el objetivo al que debemos dirigirnos. Una vez que lo tengamos claro basta con que miremos nuestra realidad actual. Eso deberá suministrarnos la energía y el impulso necesarios para comenzar a andar lo antes posible.

Sugerencias bibliográficas básicas.

Andrés Ibáñez, Perfecto, “Proceso penal: ¿qué clase de publicidad y para qué?”, *Jueces para la democracia*, número 51, Madrid, noviembre de 2004.

Andrés Ibáñez, Perfecto, “Las garantías del imputado en el proceso penal”, *Reforma judicial. Revista mexicana de justicia*, número 6, México, julio-diciembre de 2005.

Barendt, Eric, *Freedom of speech*, 2ª edición, Nueva York, Oxford University Press, 2007.

---

<sup>78</sup> MacLean, Robert G., “Reformar la justicia: ¿de qué se trata?” en Pásara, Luis (compilador), *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*, cit., p. 33.

<sup>79</sup> Para un diagnóstico mínimo ver Carbonell, Miguel y Ochoa Reza, Enrique, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales en México?*, cit., capítulo I.

Barona Vilar, Silvia, “Garantías y derechos de los detenidos” en la obra colectiva *Derechos procesales fundamentales*, Madrid, CGPJ-Escuela Judicial, 2005.

Baytelman, Andrés y Mauricio Duce, *Evaluación de la Reforma Procesal Penal: Estado de una Reforma en Marcha*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2003.

Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio, *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, México, FCE, 2005.

Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, CEPC, BOE, 2005.

Bergman, Marcelo (coordinador), *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional. Resultados de la encuesta a población en reclusión en tres entidades de la República mexicana*, CIDE, 2003.

Bergman, Marcelo y otros, *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional. Resultados de la segunda encuesta a población en reclusión en el Distrito Federal y el Estado de México*, México, CIDE, 2006.

Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003.

Blanco, Rafael, *La Reforma Procesal Penal en Chile: Reconstrucción histórico-política sobre su origen, debate legislativo e implementación*, Santiago de Chile, Universidad Alberto Hurtado, 2005.

Bovino, Alberto y Hurtado, Christian, “Principio de oportunidad y proceso de reforma en América Latina. Algunos problemas de política criminal” en Bovino, Alberto, *Justicia penal y derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.

Bovino, Alberto, *Principios políticos del procedimiento penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.

Canales, Ernesto, “Los juicios orales ante el sistema actual”, *Metrópolis 2025*, octubre de 2006.

Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 2ª edición, México, Porrúa, CNDH, UNAM, 2006.

Carbonell, Miguel, “El acceso a la información del Poder Judicial Federal”, *Derecho Comparado de la Información*, número 4, México, julio-diciembre de 2004.

Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005.

Carbonell, Miguel, Fix Fierro, Héctor y Vázquez, Rodolfo (compiladores), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, México, 2004.

Comisión de Expertos de la Reforma Procesal Penal en Chile, *Documento de la Comisión Nombrada para Revisar y Evaluar la Marcha y Funcionamiento del Nuevo Sistema de Enjuiciamiento Criminal*, Santiago de Chile, Diciembre 2003.

Craven, Matthew, *The international covenant on economic, social and cultural rights. A perspective on its development*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

Duce, Mauricio J., “El ministerio público en la reforma procesal penal en América Latina: visión general acerca del estado de los cambios”, *Reforma judicial. Revista mexicana de justicia*, número 6, México, julio-diciembre de 2005.

Duce, Mauricio y Pérez Perdomo, Rogelio, “La seguridad ciudadana y la reforma del sistema de justicia penal en América Latina” en Fruling, Hugo, Tulchin, Joseph y Golding, Heather (editores), *Crimen y violencia en América Latina*, Bogotá, FCE, 2005.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.

Ferrajoli, Luigi, *Garantismo penal*, México, Facultad de Derecho de la UNAM, 2006.

Ferrajoli, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, México, CNDH, 2006.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho penal mínimo y otros ensayos*, Aguascalientes, Comisión Estatal de Derechos Humanos, 2006.

Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma, Laterza, 2007, 2 tomos.

Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva jurisprudencial)*, Madrid, Civitas, 2002.

Fix Fierro, Héctor (editor), *Del gobierno de los abogados al imperio de las leyes. Estudios sociojurídicos sobre educación y profesión jurídicas en el México contemporáneo*, México, IIJ-UNAM, 2006.

Fix Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, UNAM, Porrúa, 2005.

- García Ramírez, Sergio, “Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, número 12, Montevideo, 2006, tomo II.
- García Ramírez, Sergio, *Poder judicial y Ministerio Público*, México, UNAM, Porrúa, 1996.
- García Ramírez, Sergio, *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, prólogo de Olga Islas, 3ª edición, México, UNAM-Porrúa, 2002.
- García Ramírez, Sergio, “Los sistemas de enjuiciamiento y los órganos de acusación” en Gómez Lara, Cipriano y Storme, Marcel (coordinadores), *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*, volumen IV, México, UNAM, 2005.
- Guzmán, Nicolás, *La verdad en el proceso penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.
- Islas, Olga y Carbonell, Miguel, *Constitución y justicia para adolescentes*, México, UNAM, 2007.
- Islas, Olga y Carbonell, Miguel, *El artículo 22 constitucional y las penas en el Estado de derecho*, México, UNAM, 2007.
- Lopera Mesa, Gloria, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, CEPC, 2006.
- MacLean, Robert G., “Reformar la justicia: ¿de qué se trata?” en Pásara, Luis (compilador), *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*, México, III-UNAM, 2004.
- Maier, Julio, Kai Ambos y Jan Woischnik, *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*, Buenos Aires, AD HOC, 2000.
- Meléndez, Florentín, *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia. Estudio constitucional comparado*, México, Cámara de Diputados, Fundación Konrad Adenauer, Miguel A. Porrúa, 2004.
- Montes Calderón, Ana, “Elementos de comparación entre el Sistema Inquisitivo y el Sistema Acusatorio” en *Técnicas del Juicio Oral en el Sistema Penal Colombiano: Lecturas Complementarias*. Bogotá, Comisión Interinstitucional para el Impulso de la Oralidad en el Proceso Penal, USAID, 2003.
- Pásara, Luis (compilador), *En Busca de una Justicia Distinta: Experiencias de Reforma en América Latina*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2004.

Pellegrini Grinover, Ada, “El Modelo Acusatorio de Instrucción Procesal Penal como Garantía de los Derechos Humanos”, Departamento de Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, *Documento de Trabajo*, N° 4, 27 de marzo de 1998.

Prieto, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.

Prieto Sanchís, Luis, *La filosofía penal de la Ilustración*, México, INACIPE, 2003.

Riego, Christian, “Informe comparativo: proyecto de seguimiento de los procesos de reforma judicial en América Latina”, *Reforma judicial. Revista mexicana de justicia*, número 7, México, enero-junio de 2006.

Riego, Cristian, “Reformas procesales penales en América Latina: una visión comparada acerca de la implementación y experiencias de innovación”, *Actualidad judicial. Revista del poder judicial del Estado de Zacatecas*, año 1, número 1, Zacatecas, septiembre de 2007.

Sarre, Miguel, “Control del Ministerio Público”, *Los Controles Constitucionales. Anuario de Derecho Público*, México, McGraw Hill Serie Jurídica / ITAM, 1999.

Taruffo, Michele, “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial”, *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, número 20, México, 2005.

Tulchin, Joseph y Golding, Heather, “Introducción: la seguridad ciudadana desde una perspectiva regional” en Fruling, Hugo, Tulchin, Joseph y Golding, Heather (editores), *Crimen y violencia en América Latina*, Bogotá, FCE, 2005.

Zepeda Lecuona, Guillermo, *Crimen sin castigo. Procuración de justicia y ministerio público en México*, México, CIDAC, FCE, 2004.

Zepeda Lecuona, Guillermo, “El uso excesivo e irracional de la prisión preventiva en México” en *Panorama internacional sobre justicia penal. Culturas y sistemas jurídicos comparados* (Olga Islas y Sergio García Ramírez, coordinadores), México, UNAM, 2007.