

¿NECESITA UNA NUEVA REFORMA LA REFORMA PENAL?

○ Alfredo Haro Goñi*

*Maestro en Derecho por la Universidad de Pennsylvania y abogado por la Escuela Libre de Derecho.

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

○ **Reforma constitucional**

Constitutional reform

○ **Sistema acusatorio**

Accusatory system

○ **Código penal**

Criminal law

○ **Derechos humanos**

Human rights

Resumen. El día 15 de diciembre de 2016, un grupo de Senadores de los grupos parlamentarios del PAN, PRI y PRD, presentaron una iniciativa de reforma constitucional relacionada con el nuevo sistema de justicia penal y con el juicio de Amparo en materia penal. En el documento se aprecia una reducción en estándares probatorios; se eliminan etapas procesales que otorgan al imputado la oportunidad de impugnar la actuación del Ministerio Público e incluso en el propio juicio de amparo se elimina la posibilidad de dirigirlo contra el auto de vinculación a proceso. En este trabajo se analizará esta iniciativa apuntando las graves inconsistencias del proyecto y las regresiones respecto del estándar de protección que se tiene en la actualidad.

Abstract. On December 15th, 2016, a group of Senators initiated the process for a constitutional amendment by filing a constitutional amendment project in connection with the, recently created, criminal justice system as well as with the *amparo* in criminal matters. This project reduces and limits the human rights of the accused in multiple and severe ways. Herein, the author studies and analyzes the aforementioned constitutional amendment project, while he red-flags the violations to human rights contained therein.

SUMARIO:

I. Introducción. II. Consideraciones previas. III. La progresividad de los derechos humanos. IV. Análisis de la iniciativa de reforma constitucional. V. Conclusiones. VI. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

El día 15 de diciembre de 2016, un grupo de senadores de los grupos parlamentarios del PAN, PRI y PRD, presentaron una iniciativa de reforma constitucional relacionada con el nuevo sistema de justicia penal y con el juicio de amparo en materia penal. El texto íntegro de la exposición de motivos y de la reforma propuesta puede ser consultado en la página del Senado de la República.¹

De la lectura que se realice del primer párrafo del documento señalado, se aprecia una reducción en estándares probatorios. Por ejemplo, para librar una orden de aprehensión o para ordenar una detención por caso urgente, se eliminan etapas procesales que otorgan al imputado la oportunidad de impugnar la actuación del Ministerio Público e incluso en el propio juicio de amparo se elimina la posibilidad de dirigirlo contra el auto de vinculación a proceso; por mencionar algunos de los cambios propuestos.

¹ http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/2/2016-12-15-1/assets/documentos/Inic_Cristina_Diaz_y_diversos_senadores_CPEUM_Materia_Penal.pdf

Pues bien, en las siguientes páginas se analizará esta iniciativa de reforma constitucional, apuntando las inconsistencias del proyecto así como las regresiones respecto del estándar de protección que se tiene en la actualidad.

II. CONSIDERACIONES PREVIAS

A lo largo de la lectura que se haga de este artículo, sería útil que el lector tenga presente que los legisladores, en muchos casos —no en todos— utilizan las reformas constitucionales no solo como un pretexto para trascender en la historia de las legislaturas aunque dichas reformas no sean realmente necesarias, sino también como medio para eliminar de raíz los obstáculos legales que encuentra algún grupo clientelar de uno o varios grupos parlamentarios o los propios legisladores en lo individual/personal, en determinada situación que afecta sus intereses.

Los legisladores aprovechan un criterio sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que se transcribe a continuación, para los efectos que enseguida se señalan:

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los

tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. *De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encubramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comentario es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano (Pleno P./J. 20/2014 (10a.) abril de 2014).*

Este criterio es utilizado por los legisladores, no solo para menguar la progresividad de derechos humanos consagrados en nuestra norma fundamental sino para lograr una flagrante regresividad. Esto lo demostraremos en seguida.

III. LA PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

El artículo primero constitucional, a raíz de la reforma de dicho dispositivo en junio de 2011, establece en su párrafo 3o lo siguiente:

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

El párrafo tercero transcrito, en la parte donde hacemos énfasis, impone la obligación a todas las autoridades (que incluye a los legisladores) en el marco de sus competencias (como lo es la de legislar), de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con diversos principios, siendo uno de ellos el principio de progresividad.

Dicho principio consiste, en palabras lisas y llanas, en que la protección que otorgan los derechos humanos evoluciona y se amplía de manera irreversible, no solo cuantitativa sino cualitativamente. *A contrario sensu*, implica que los avances logrados en materia de derechos humanos no deben ser menoscabados, disminuidos, reducidos con posterioridad a su logro (Carpizo, 2011, p. 19).

Lo anterior ha sido sostenido por la Primera Sala de nuestro más alto tribunal, al señalar lo que implica el principio bajo análisis. Veamos:

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. SU CONCEPTO Y EXIGENCIAS POSITIVAS Y NEGATIVAS.

El principio de progresividad está previsto en el artículo 1o. constitucional y en diversos tratados internacionales ratificados por México. Dicho principio, en términos generales, ordena ampliar el alcance y la protección de los derechos humanos en la mayor medida posible hasta lograr su plena efectividad, de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas del caso concreto. Es posible diseccionar este principio en varias exigencias de carácter tanto positivo como negativo, dirigidas a los creadores de las normas jurídicas y a sus aplicadores, con independencia del carácter formal de las autoridades respectivas, ya sean legislativas, administrativas o judiciales. En sentido positivo, el principio de progresividad derivan para el legislador (sea formal o material) la obligación de ampliar el alcance y la tutela de los derechos humanos; y para el aplicador, el deber de interpretar las normas de manera que se amplíen, en lo posible jurídicamente, esos aspectos de los derechos. En sentido negativo, impone una prohibición de regresividad: el legislador tiene prohibido, en principio, emitir actos legislativos que limiten, restrinjan, eliminen o desconozcan el alcance y la tutela que en determinado momento ya se reconocía a los derechos humanos, y el aplicador tiene prohibido interpretar las normas sobre derechos humanos de manera regresiva, esto es, atribuyéndoles un sentido que implique desconocer la extensión de los derechos humanos y su nivel de tutela admitido previamente. En congruencia con este principio, el alcance y nivel de protección reconocidos a los derechos humanos tanto por la Constitución como por los tratados internacionales, deben ser concebidos como un mínimo que el Estado Mexicano tiene la obligación inmediata de respetar (no regresividad) y, a la vez, el punto de partida para su desarrollo gradual (deber positivo de progresar) (Primera Sala, 1a CCX-CI/2016 (10a.), viernes 02 de diciembre de 2016 10:14).

Ahora bien, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, también ha señalado que la progresividad no es absoluta pues pueden existir circunstancias y exigencias que hagan, en un momento determinado, justificable una regresión.

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. LA PROHIBICIÓN QUE TIENEN LAS AUTORIDADES DEL ESTADO MEXICANO DE ADOPTAR MEDIDAS REGRESIVAS NO ES ABSOLUTA, PUES EXCEPCIONALMENTE ÉSTAS SON ADMISIBLES SI SE JUSTIFICAN PLENAMENTE.

El principio referido impone al Estado, entre otras cuestiones, la prohibición de regresividad, la cual no es absoluta y puede haber circunstancias que justifiquen una regresión en cuanto al alcance y tutela de un determinado derecho fundamental. Sin embargo, dichas circunstancias están sujetas a un escrutinio estricto, pues implican la restricción de un derecho humano. En este sentido, corresponde a la autoridad que pretende realizar una medida regresiva (legislativa, administrativa o, incluso, judicial) justificar plenamente esa decisión. En efecto, en virtud de que el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos impone a todas las autoridades del Estado Mexicano la obligación de respetar el principio de progresividad, cuando cualquier autoridad, en el ámbito de su competencia, adopta una medida regresiva en perjuicio de un derecho humano y alega para justificar su actuación, por ejemplo, la falta de recursos, en ella recae la carga de probar fehacientemente esa situación, es decir, no sólo la carencia de recursos, sino que realizó todos los esfuerzos posibles para utilizar los recursos a su disposición, en el entendido de que las acciones y omisiones que impliquen regresión en el alcance y la tutela de un derecho humano sólo pueden justificarse si: a) se acredita la falta de recursos; b) se demuestra que se realizaron todos los esfuerzos necesarios para obtenerlos, sin éxito; y, c) se demuestra que se aplicó

el máximo de los recursos o que los recursos de que se disponía se aplicaron a tutelar otro derecho humano (y no cualquier objetivo social), y que la importancia relativa de satisfacerlo prioritariamente, era mayor. Esto es, si bien es cierto que las autoridades legislativas y administrativas tienen, en ciertos ámbitos, un holgado margen de actuación para diseñar políticas públicas, determinar su prioridad relativa y asignar recursos, también lo es que dicha libertad se restringe significativamente cuando está en juego la garantía de los diversos derechos humanos reconocidos por nuestro sistema jurídico, ya que ésta, en tanto normas que expresan el reconocimiento de principios de justicia de la máxima importancia moral, tiene prioridad *prima facie* frente a cualquier otro objetivo social o colectivo, pues en una sociedad liberal y democrática, estos últimos tienen solamente valor instrumental y no final, como los derechos humanos. (Primera Sala, 1a. CCXCIII/2016 (10a.) viernes 02 de diciembre de 2016: 10:14).

La doctrina parece discrepar respecto de la postura de la Corte. Ello puesto que se ha sostenido que “una vez reconocidos, tal acción es irreversible porque [...] sería un contrasentido [...] que lo que hoy se reconoce como un atributo inherente a la persona, mañana pudiera dejar de serlo por una decisión” (Carpizo, 2011, p. 20).

Sería muy afortunado poder señalar la complementariedad de ambas posturas pero las palabras utilizadas por la Corte no hacen de ello una posibilidad.

Desde luego que la Corte no ignora los alcances del principio de progresividad. Sin embargo, pareciera que va más allá del texto constitucional aceptando no solo que la progresividad no es absoluta sino que la regresividad puede justificarse. Ahora bien, esa postura pudiera resultar lógica cuando se aplica únicamente a casos en los que se

involucran recursos económicos o materiales² pues por su naturaleza, el uso de los mismos implica un costo de oportunidad. Esto es, si utilizo ese tipo de recursos para A, no podré usarlos para B. En otras palabras, es imposible emplear recursos que no se tienen o que no existen para propósito alguno. Por ello, más que una excepción es una imposibilidad. Pero fuera de ese supuesto, la postura de la Corte no es sostenible.

El artículo 1º Constitucional no limita de modo alguno el principio de progresividad. El párrafo primero señala que las únicas limitaciones que pudieran existir a los Derechos Humanos los establecerá la propia Constitución y no existe una limitación al principio de progresividad en los términos que se plantean. Además, el párrafo segundo indica que la interpretación debe hacerse de manera que otorgue la protección más amplia a la persona. Finalmente, el párrafo tercero obliga a todas las autoridades (incluyendo a los ministros) a que en el ámbito de su competencia (como lo es la impartición de justicia y la consecuente fijación de criterios jurisdiccionales para los órganos jurisdiccionales de menor jerarquía) promuevan, respeten, protejan y garanticen los derechos humanos de conformidad con el principio de progresividad. De ahí que,

² Sin embargo, la Corte ya sostuvo que la progresividad es aplicable a todos los derechos humanos y no únicamente a aquellos de naturaleza económica, social o cultural. Véase la tesis con el rubro “PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD. ES APLICABLE A TODOS LOS DERECHOS HUMANOS Y NO SÓLO A LOS LLAMADOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.”

ante la inexistencia de una limitación expresa (como lo establece el artículo 29 constitucional, pero tal restricción es siempre temporal, no como la autorizada por la Corte en el criterio transcrito), la obligación de una interpretación pro persona, y la ulterior obligación de progresividad en el respeto y protección de los derechos humanos, sea difícil, por no decir jurídicamente imposible, coincidir con el criterio que se comenta.

Hasta aquí podemos concluir que la progresividad en el respeto, protección, promoción y garantía de los derechos humanos —cuando no dependen de recursos económicos o materiales, como los civiles al menos—, no está sujeta a restricción o limitación alguna.³

Teniendo presente todo lo anterior, pasemos ahora al análisis de la iniciativa de reforma constitucional.

IV. ANÁLISIS DE LA INICIATIVA DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Para efectos de orden, esta sección estará dividida en subapartados. En cada uno de ellos se analizará el contenido de la iniciativa de reforma respecto de cada uno de los artículos que pretenden reformarse.

³Sin embargo, la Corte ya sostuvo que la progresividad es aplicable a todos los derechos humanos y no únicamente a aquellos de naturaleza económica, social o cultural. Véase la tesis con el rubro “PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD. ES APLICABLE A TODOS LOS DERECHOS HUMANOS Y NO SÓLO A LOS LLAMADOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.” C No. 198, Párrafo 103.

A. ARTÍCULO 16

1. Arraigo

La iniciativa propone eliminar el arraigo, y como dicha figura en la actualidad únicamente aplica para la delincuencia organizada, la definición de ésta en el texto constitucional, se alega que carece de sentido, por lo que también se elimina.

La primera parte es un gran avance que desde luego se celebra y se reconoce. La figura del arraigo fue duramente criticada durante toda su existencia por abogados, doctrinarios y organismos internacionales de derechos humanos. En el documento del Senado se pueden observar las fuentes. Bravo.

La eliminación de la definición de “delincuencia organizada” es también un acierto. Tenemos la mala costumbre en nuestro país de utilizar la Constitución como diccionario y vamos incorporando conceptos y definiciones de aquellos puntos que están en la mesa del debate nacional. A mi juicio esa práctica es un error y viene de lo que se mencionaba páginas arriba sobre el deseo de los legisladores de “dejar una huella” de que pasaron por determinada legislatura. La constitución norteamericana, en más de 200 años de existencia, ha tenido solo 27 enmiendas y sigue siendo un modelo y lo que es más, un modelo vigente que es aplicado continuamente por la Suprema Corte de Justicia de aquel país. Sobra decir más.

No obstante este aparente progreso, como se verá más adelante, la esencia del arraigo (detener para investigar)

parece subsistir con un nombre distinto. Lamentable.

2. Requisitos para librar órdenes de aprehensión

Para observar el cambio en el lenguaje utilizado por la Constitución y las exigencias para librar una orden de aprehensión, es necesario hacer una revisión histórica de los cambios que ha tenido el artículo 16.

El texto constitucional original, en la parte que importa para el presente apartado, establecía lo siguiente:

No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquellas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado.⁴

Posteriormente hubo una reforma al artículo en comento, en febrero de 1983 pero que no tocó la parte que ha sido transcrita.

En septiembre de 1993, tuvo lugar otra reforma constitucional al párrafo bajo análisis. Dicha reforma culminó con la redacción siguiente:

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda

denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado *cuando menos* con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

La expresión “cuando menos”, en la exigencia de que el delito fuera sancionado “cuando menos” con pena privativa de libertad, tenía sentido puesto que en aquel entonces estaba vigente la pena de muerte, la que fue derogada de la Constitución en el año 2005.

Nótese como en este primer cambio, el estándar probatorio para librar una orden de aprehensión se incrementó sustancialmente, pues hasta esa fecha solo era necesario que la denuncia, acusación o querrela, estuvieran apoyadas por una declaración bajo protesta, de una persona “digna de fe” o por datos que hicieran probable la responsabilidad del inculpado. No era necesario acreditar que un hecho delictivo había ocurrido, era suficiente el dicho de una persona “digna de fe”. Alternativamente, si no se contaba con el dicho de una persona “digna de fe”, la denuncia, acusación o querrela, debía estar apoyada por datos que hicieran probable la responsabilidad del inculpado. Pero en ningún momento era necesario acreditar que un delito se había cometido efectivamente, bastaba con la denuncia, acusación o querrela de que ello había ocurrido para poder librar la orden de aprehensión.

Con la redacción de 1993 se volvió necesario contar con elementos que acreditaran los elementos del tipo penal y también con elementos que

⁴ Texto que, en la parte que se estudia, fue prácticamente “plagiado” de la 4ª Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América. Para abundar al respecto *vid.*, Amar, A., 1997:1 y ss.

acreditaran la probable responsabilidad del indiciado. Este es el estándar más elevado que el texto constitucional ha previsto en su existencia, pues en relación con el delito no era suficiente acreditar únicamente los elementos objetivos o externos, que constituyen la materialidad del hecho, así como los normativos de ser el caso (*cf.* CFPP, art. 168, párr. 2), sino también los elementos del tipo penal dentro del cual se encuadraba el hecho. Era necesario acreditar los elementos subjetivos y los subjetivos distintos al dolo o la culpa, de ser el caso. Paralelamente debía acreditarse la probable responsabilidad, esto es, que el indiciado participó en la comisión del delito sin que le asista alguna causa de licitud o excluyente de responsabilidad (*cf.* *Ibidem*, párr. 3). El cambio es radical e impone un estándar mucho más elevado para que la autoridad judicial pueda librar la orden de aprehensión.

En marzo de 1999 una reforma constitucional separó el hasta entonces primer párrafo en diversos párrafos, quedando como segundo párrafo el texto que ahora nos interesa. Dicho párrafo quedó redactado en los términos siguientes:

No podrá librarse orden de aprehensión sino por autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

Con el texto de 1999 para librar dicha orden, se tenía que contar con datos

que acreditaran el cuerpo del delito, es decir, los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho y además tendrían que existir datos que hicieran probable la responsabilidad del indiciado. Es decir, a partir de 1999 era necesario demostrar primero que el hecho delictivo tuvo lugar únicamente con los elementos objetivos, ya no con los subjetivos ni los distintos al dolo y la culpa; y paralelamente la probable responsabilidad también con datos que la acreditaran. Nótese cómo en 1999 se redujo el estándar mínimo para librar una orden de aprehensión que se había fijado en 1993.

En su exposición de motivos, los legisladores argumentaron que ante la criminalidad rampante y la percepción de inseguridad, era necesario tomar medidas urgentes para abatir la impunidad, etc. Este discurso no ha cesado desde entonces para justificar las reformas constitucionales en la materia. En pocas palabras, las reformas realizadas buscaron y lograron “hacerle fácil la chamba” al Ministerio Público para detener y consignar a quien se presumía había cometido un delito y para que así pudiera dar “mejores resultados”, entendidos estos como más personas aprehendidas, más personas consignadas y más personas en formal prisión; todo ello, en perjuicio de una mayor protección a la libertad de las personas.⁵

⁵ Para un análisis detallado sobre la información estadística que demuestra que la reforma de 1993 se tradujo en un alto porcentaje de condenas, véase Díaz Aranda, 2003: 27-48.

Este tipo de reformas no tienen otra razón que una de índole política, como lo es el aparentar que se actúa o se reacciona rápidamente ante el reclamo popular por la inseguridad que se percibe, y con ello buscar el favor de la población en las urnas al momento de las elecciones (Díaz Aranda, 2003, p. 48).⁶

Posteriormente vino la reforma de 2008 que fue la piedra angular para la implementación del nuevo sistema de justicia penal. El texto quedó en los términos siguientes:

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Con el texto constitucional de 2008 se exigen “datos que establezcan que se ha cometido ese hecho” (es decir, el hecho que la ley señale como delito) y “que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”. En otras palabras, aún se requieren datos de prueba que acrediten el hecho y que todavía se podrían identificar con el cuerpo del delito, o sea, con los elementos objetivos y normativos del tipo penal. En efecto, el verbo utilizado es “establecer”, que significa “dejar demostrado y firme”. Pero con relación a la probable responsabilidad,

ya no se exige dato de prueba alguno como se exigía en 1999. Ahora solo debe “existir” la probabilidad de que el indiciado cometió o participó en la comisión del delito, pero la redacción permite que ello ocurra sin algún dato de prueba. “Existir” quiere decir “ser real y verdadera”, pero la existencia debe afirmarse, no de la autoría o participación de una persona, sino de su probabilidad. Y si probabilidad significa “verosimilitud o apariencia de verdad”, cualquier suposición medianamente bien articulada podrá ser suficiente, aún sin contar con datos de prueba.

Otra vez se advierte una reducción en el estándar probatorio necesario para librar una orden de aprehensión, con relación al estándar fijado por el texto constitucional de 1999.

En 2009 hubo un error de “dedo” que cambió el texto del artículo y párrafo que se comentan, lo que generó que se considerara una reforma constitucional pero con la fe de erratas del mismo año el texto regresó al que existe desde la reforma de 2008 por lo que no amerita mayor comentario.

En diciembre de 2016, se presentó la iniciativa de reforma que es el motivo que originó este trabajo. El texto que se propone en dicha iniciativa para el párrafo segundo del artículo 16 constitucional, es el siguiente:

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela y, se establezca la probabilidad de la existencia del hecho que la Ley señale como delito y de la intervención de la persona en él.

⁶ Artículo que fue publicado en 2003 y concluye de una manera profética con la realidad que vivimos a inicios de 2017.

Ya no se exige que el delito tenga contemplada una pena privativa de libertad, por lo que la orden de aprehensión podrá usarse tratándose de cualquier delito, como el delito de desobediencia o resistencia de particulares que en varios de los artículos del Código Penal Federal se les impone una pena distinta de la prisión.

Además, esta propuesta ya no requiere dato de prueba alguno, ni para el hecho ni para la participación. Únicamente tendría que establecerse la “probabilidad”, esto es, la verosimilitud o apariencia de verdad, tanto de la existencia del hecho como de la intervención de la persona en él. Bastará el dicho de una persona para hacer verosímil la comisión de un delito y la intervención de cierta persona en dicho ilícito. Con esto regresamos a 1917 en donde el dicho de una persona “digna de fe” era suficiente para que se librará una orden de aprehensión, lo cual es terrible y deja a todo gobernado en una inseguridad jurídica de grado difícilmente superable. La probabilidad, cuando no se fija en términos aritméticos, es del todo subjetiva. Es verosimilitud. Y lo que es verosímil para una persona con el dicho de otra puede no serlo para una tercera.

Precisamente uno de los motivos principales de la reforma de 1993 fue establecer parámetros objetivos para librar órdenes de aprehensión y con ello otorgar mayor seguridad jurídica a las personas. Desde 1993 hemos venido erosionando esa seguridad jurídica en cada reforma para, finalmente, regresar al punto de partida de 1917. A

esto no puede llamársele de otra forma que “regresividad o regresión”, y ello es violatorio de los derechos humanos que han sufrido una afectación negativa con dicho actuar de los distintos poderes del Estado.

En el cuadro 1, podrá observar el lector, en un cuadro que presenta la información de manera mucho más gráfica, el lenguaje utilizado a lo largo del tiempo con el propósito de facilitar la comprensión de las observaciones realizadas en esta sección

En efecto, todo lo anterior nos permite observar cómo a partir de la reforma de 1999 se redujo el estándar para librar una orden de aprehensión, y ello solo puede traducirse en una regresión en la protección de los derechos humanos dado que la prohibición de regresión obliga al Estado mexicano desde 1981, fecha en que fue ratificada la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, desde entonces las obligaciones que se desprenden del texto de dicha convención, son vinculantes para nuestro país. Vamos que volamos hacia un Estado Policía.

Ahora bien, con independencia de que todas las reformas al actual párrafo tercero (con anterioridad primero y segundo) del artículo 16 constitucional, han sido regresivas con posterioridad a la reforma de 1993, resulta importante considerar que si desde 2011, la reforma constitucional obliga a todos los funcionarios a respetar, proteger y garantizar los derechos humanos

Cuadro 1. Diferentes redacciones del artículo 16.

| 1917 | 1993 | 1999 |
|---|---|---|
| No podrá librarse <i>ninguna</i> orden de aprehensión o <i>detención</i> , sino por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con <i>pena corporal</i> , y sin que estén apoyadas aquellas por <i>declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado...</i> | No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, <i>acusación</i> o querrela de un hecho <i>determinado</i> que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten <i>los elementos que integran el tipo penal</i> y la probable responsabilidad del <i>indiciado</i> . | No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado <i>cuando menos</i> con pena privativa de libertad y <i>existan</i> datos que <i>acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado</i> . |
| 2008 | 2009 | Iniciativa |
| No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y <i>obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión</i> . | No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión. ⁷ | No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela y, <i>se establezca la probabilidad de la existencia del hecho que la Ley señale como delito y de la intervención de la persona en él</i> . ⁸ |

⁷ La primera reforma a este artículo en el año señalado, utilizó la voz “proceda” en lugar de “preceda” motivo por el que se hizo la consecuente fe de erratas para quedar como estaba con la reforma de 2008.

⁸ Este texto es parte del proyecto de reforma constitucional que pretende aprobarse durante el 2017.

progresivamente, al menos desde esa fecha⁹ quedarían proscritas y serían impugnables las medidas regresivas que afecten derechos humanos que no sean económicos, sociales o culturales, como lo son por ejemplo, los civiles y políticos.

La iniciativa presenta los siguientes argumentos, a saber:

1. Que el lenguaje actual impide a los órganos jurisdiccionales librar órdenes de aprehensión contra personas que están siendo requeridas por la autoridad judicial, y que incumplen con las órdenes de comparecencia cuando el delito por el que se pretende iniciar el proceso no tiene señalada pena privativa de la libertad.
2. Que una orden de aprehensión nunca implica que el imputado será privado de su libertad, por lo que es innecesaria la exigencia de que, para ser conducido ante el juez, el delito debe ser penado con privación de la libertad.
3. Que el nuevo lenguaje es más acorde con el nuevo sistema de justicia penal pues el término “datos de prueba” ha tenido problemas de interpretación y, de conformidad con el derecho comparado (alemán), únicamente se requiere “sospecha fundada” de la participación del imputado en un delito.

⁹Uso la expresión “al menos” porque como fue esbozado en el párrafo anterior, pudiera resultar fundado el argumento apuntado en dicho párrafo, en cuyo caso la fecha a partir de la cual pudiera argumentarse la progresividad sería el 2 de marzo de 1981.

Estas tres ideas, que tienen argumentos muy endebles, son expuestas y argumentadas en tan solo una página sin detallar los “problemas” o “dificultades” que se pretenden resolver con la reforma. Lo que de inicio parece muy poco serio para fundar y motivar una reducción y limitación en los derechos humanos de las personas.

Sobre el primer argumento hay que decir que ello solo refleja un gran desconocimiento. El Código Nacional de Procedimientos Penales obliga a los órganos jurisdiccionales a imponer las medidas de apremio necesarias para garantizar que las partes comparezcan a juicio (*cf.* “Artículo 57. Ausencia de las partes”) a garantizar la observancia de sus decisiones en audiencia (*cf.* “Artículo 59. De los medios de apremio”), a aperebir la imposición de un medio de apremio en caso de incumplimiento de un citatorio (*cf.* “Artículo 91. Forma de realizar citaciones”). Entre las medidas de apremio que puede utilizar los órganos jurisdiccionales está el auxilio de la fuerza pública (*cf.* “Artículo 104. Imposición de medios de apremio”) y la fuerza pública puede utilizarse sin agotar otro medio de apremio en caso de que el testigo debidamente citado no se presente o se tenga temor fundado de que se ausente o se oculte (*cf.* “Artículo 364. Comparecencia obligatoria de testigos”). El órgano jurisdiccional también puede hacer uso de los medios de apremio contra las autoridades que incumplan o retarden las determinaciones de aquel (*cf.* “Artículo 364. Comparecencia obligatoria de testigos”).

Como puede verse, no es necesaria una orden de aprehensión para hacer comparecer a una persona a juicio, pues la ley otorga facultades a los juzgadores para utilizar el auxilio de la fuerza pública y llevar a las personas ante el órgano jurisdiccional de que se trate aun en contra de su voluntad. Esta facultad se tiene no solamente contra el imputado y con independencia del delito que se le imputa, sino también contra testigos y autoridades.

Sobre el segundo argumento es necesario decir que la orden de aprehensión, por su naturaleza, implica una privación de la libertad. Ello no implica necesariamente prisión preventiva (pues la orden de aprehensión y la prisión preventiva son dos cosas absolutamente distintas) pero lleva como presupuesto que existen ciertos requisitos mínimos fijados en la Constitución, que ya están acreditados ante el órgano jurisdiccional para que éste libere la orden de aprehensión. En este sentido, el legislador señala que el objetivo es la conducción de una persona ante el juez, y esto lo puede lograr con los medios de apremio que han sido señalados en los párrafos precedentes.

Sobre el tercer argumento debe tenerse presente que el lenguaje utilizado en la reforma de 2008 fue pensado y diseñado precisamente para su aplicación en el nuevo sistema de justicia penal. Los datos de prueba no son pruebas, pues para que sean tales, deben ser desahogadas ante el órgano jurisdiccional en audiencia (*cf.*: “Artículo 261. Datos de prueba, medios de prueba y pruebas”). Pero la redacción del párrafo constitucional

que se comenta en nada afecta la tramitación y las reglas del nuevo sistema de justicia. Incluso si tuviéramos la redacción de 1993, que ha otorgado la mayor protección a la libertad personal de las personas, en nada se afectaría al sistema acusatorio y sus reglas de trámite. Son dos cosas autónomas y distintas.

Los legisladores parecen confundidos y no conocedores de la ley adjetiva que ellos mismos aprobaron y que sirve para todo aquello que pretenden “resolver” con esta iniciativa de reforma constitucional.

Pasemos ahora al siguiente punto de la iniciativa.

3. Caso urgente

En el cuadro 2 se contrastan el texto constitucional vigente y la iniciativa propuesta.

La exposición de motivos de los legisladores señala que para que se actualice el caso urgente, ya no se requerirá que se trate de un delito grave pues se busca eliminar dicho concepto del orden constitucional mexicano y en consecuencia también del orden jurídico nacional. Argumentan que el Código Nacional de Procedimientos Penales ya exige al Ministerio Público para realizar una detención bajo el supuesto de caso urgente, contar con elementos que permitan solicitar una orden de aprehensión pero que la misma no se solicite por el riesgo de sustracción del imputado a la acción de la justicia. —Sí, pareciera que falta alguna parte del silogismo para que hiciera sentido

Cuadro 2. Texto constitucional e iniciativa de reforma

| Vigente | Iniciativa |
|--|--|
| <p>Sólo en casos urgentes, <i>cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.</i></p> | <p>Sólo en casos urgentes, ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, <i>siempre que se actualicen los mismos supuestos para solicitar una orden de aprehensión, determinar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.</i></p> |

esa “argumentación”—. Los legisladores terminan señalando que, de cualquier manera, la detención tendrá que ser revisada judicialmente, como si eso ya fuera la solución a todos los problemas gravísimos que se generarán con tan deficiente propuesta.

Lo anterior se esgrime en un solo párrafo y con una argumentación ya no deficiente sino nula, se pretende justificar el estado de inseguridad monstruoso en el que se pondrá a toda persona que se encuentre en territorio nacional.

De inicio es preciso señalar que el concepto de delito grave —con independencia de que se esté de acuerdo con un criterio aritmético o discrecional para definir su contenido— limita sustancialmente el universo de conductas respecto de las que se puede realizar una detención bajo el supuesto que se estudia —caso urgente—. Esa mera limitación se traduce en una fuerte

protección a la libertad personal de todas las personas y una medida legislativa que reduzca o elimine esa limitación al poder o actuación de agentes estatales, lleva aparejada una reducción o limitación de igual magnitud al derecho a la libertad personal. Es una medida legislativa absolutamente regresiva.

Habiendo dicho lo anterior, del pequeño párrafo en la exposición de motivos que pretende justificar la reforma al párrafo bajo análisis, parece asumirse que la orden de aprehensión únicamente puede librarse para delitos graves, lo que es falso. La orden de aprehensión puede librarse, según el texto constitucional actual, para cualquier delito sancionado con pena privativa de libertad. Luego entonces, incluso respecto de aquellos que tienen una pena alternativa pero que contemplan prisión, puede librarse dicha orden aunque finalmente el imputado ni

lleve el juicio en prisión preventiva ni la pena que se imponga sea la prisión. El texto constitucional es claro.

El legislador cree que está innovando en su iniciativa al exigir al Ministerio Público que estén actualizados los requisitos necesarios para librar una orden de aprehensión. En el texto vigente, la exigencia de que no se pueda acudir ante la autoridad judicial por razón de hora, lugar o circunstancia, implica ya que se tengan acreditados los requisitos que son necesarios para librar una orden de aprehensión, pues ¿para qué tendría que acudir el Ministerio Público ante la autoridad judicial sino es para ejercer la acción penal y solicitar dicha orden? De ahí que, con el texto vigente, es necesario contar con dichos elementos, ya acreditados, al momento de ordenar la detención por caso urgente. En otras palabras, una vez detenida la persona, el Ministerio Público tiene que ponerlo a disposición del juez y no puede tomarse tiempo adicional para acreditar los extremos necesarios para que se libere la orden de aprehensión. Como puede verse, por lo que hace a este punto, la iniciativa, de innovadora no tiene un ápice.

Pero lo que resulta más grave es que como la iniciativa redujo el estándar para librar una orden de aprehensión, ahora sí dependerá de la subjetividad del Ministerio Público si se detiene a alguien bajo el supuesto de caso urgente y lo que es peor, los jueces no podrán echar abajo dicha detención por que la Constitución permitirá ese grado de subjetividad en un asunto tan delicado.

Recordemos que conforme a esta iniciativa en relación con la orden de aprehensión, ya no requiere dato de prueba alguno, ni para el hecho ni para la participación. Solo tendría que establecerse la “probabilidad” esto es, la verosimilitud o apariencia de verdad, tanto de la existencia del hecho como de la intervención de la persona en él. Bastará el dicho de una persona para hacer verosímil la comisión de un delito y la intervención de cierta persona en dicho ilícito. Y como también fue dicho con anterioridad, con esto regresamos a 1917 en donde el dicho de una persona “digna de fe” era suficiente para que se librara una orden de aprehensión, lo cual deja a todo gobernado en una inseguridad jurídica brutal. Insisto, la probabilidad cuando no se fija en términos aritméticos, es totalmente subjetiva. Es verosimilitud. Y lo que es verosímil para una persona con el dicho de otra, puede no serlo para una tercera.

Así las cosas, bastará el dicho de una persona para que el Ministerio Público detenga a otra persona por caso urgente. Abrumador.

Valga apuntar que una detención no se determina: se ordena o se califica.

Ahora bien, la parte *in fine* del párrafo que se comenta y que no fue tocada por el legislador en esta iniciativa, contradice lo que busca el legislador tanto en el párrafo relativo a la orden de aprehensión como en el párrafo que ahora se comenta. Me explico.

Con la iniciativa se busca que la orden de aprehensión pueda librarse sin que existan datos de que el hecho se

cometió y de que una persona lo cometió o participó en su comisión, sino que ambos extremos únicamente sean “probables”. Ello faculta al Ministerio Público a realizar detención por caso urgente, solo con esa “probabilidad”. Pues bien, la última parte del párrafo que ahora se comenta exige que el Ministerio Público *fundé y exprese “los indicios que motiven su proceder.”* Entonces ya no son necesarios únicamente los requisitos para librar una orden de aprehensión que, como fue expuesto, requiere solo de una probabilidad sino que según esta última parte del párrafo que se comenta, además de la probabilidad se requiere contar con indicios que acrediten el hecho y que alguien lo cometió o participó en él. ¿Entonces se requiere solo la probabilidad o también indicios?

La contradicción entre la parte media del párrafo y la parte final es evidente. ¿A cuál daremos preponderancia? Porque, seamos claros, no son compatibles. Esto lo único que generará es que nuestro máximo tribunal asuma funciones de intérprete, que en el caso concreto será lo mismo que ser legislador.

4. Autorización judicial para imponer medidas de geolocalización

La iniciativa de reforma propone también dentro del artículo 16 constitucional la siguiente adición (cuadro 3).

De conformidad con el párrafo vigente que se comenta, los jueces de control son competentes para resolver sobre: i) medidas cautelares, ii) providencias precautorias y iii) técnicas de

Cuadro 3. Iniciativa de reforma al artículo 16.

| Vigente | Iniciativa |
|---|--|
| <p>Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.</p> | <p>Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de <i>geolocalización en tiempo real</i>, medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.</p> |

investigación de la autoridad, que requieran control judicial. La iniciativa agrega en primer término la geolocalización en tiempo real.

Es impactante cómo nuestros legisladores ni siquiera leen las leyes que ellos mismos aprueban, ya no se diga las que están vigentes pero que no aprobaron ellos.

El Código Nacional de Procedimientos Penales, en su “Título V ‘Actos de Investigación’, Capítulo II ‘Actos de Investigación’”, “Artículo 303. Localización geográfica en tiempo real y solicitud de entrega de datos conservados”, establece con claridad que la localización geográfica es un acto de investigación que requiere de control judicial por parte de un juez de control.

Como puede verse, no es necesaria una reforma constitucional para incluir la localización en tiempo real en

el texto constitucional. La Constitución no debe ser un listado casuístico de supuestos como pretenden los legisladores. La localización en tiempo real se subsume en lo que la Constitución ya contempla como “*técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial.*”

B. ARTÍCULO 19

1. Plazo constitucional de setenta y dos horas o audiencia de vinculación a proceso

Nuestros legisladores buscan derogar el primer párrafo del artículo 19 constitucional (cuadro 4).

En la exposición de motivos se señala en *primer* término, que el plazo de 72 horas es un remanente del antiguo sistema inquisitivo mixto conocido como

Cuadro 4. Primer párrafo artículo 19 constitucional

| Vigente | Iniciativa |
|--|-------------------------|
| <p>Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.</p> | <p><i>Derogado.</i></p> |

preinstrucción, en el que el juez valoraba el mérito de la investigación del Ministerio Público para determinar si había lugar a la apertura formal de un proceso penal que implicaba el sometimiento del imputado a la prisión preventiva. En *segundo* lugar señala que la resolución que marcaba el final de dicha etapa era el auto de formal prisión que daba inicio a la *instrucción*, y que dicha resolución cerraba la litis y servía de parámetro para establecer la congruencia entre el delito imputado al acusado y la sentencia pero que todo ello resulta incompatible con un modelo que adopta la metodología de audiencias para la toma de decisiones. Como *tercer* punto, la exposición de motivos señala que el auto de vinculación a proceso, en los estados que adoptaron el sistema acusatorio con más rapidez, simplemente se adhirió a las formalidades del antiguo auto de formal prisión, creando una “*audiencia de preinstrucción*” y que el examen de dicha audiencia es desalentador pues formaliza la investigación en lugar de concebirla como una actividad que realiza la policía bajo la dirección del Ministerio Público, agregando que con ese antecedente, incluso el CNPP habla de la fase de investigación complementaria y su duración, lo que refleja la traslación de la *preinstrucción* al sistema acusatorio como una etapa más del procedimiento penal. *Cuarto*, la prisión preventiva oficiosa era lo único que justificaba la necesidad de un examen de mérito previo pero ahora que se pretende eliminar ese régimen de prisión preventiva oficiosa ese examen previo no tiene razón de ser. *Quinto*, en otros

países latinoamericanos que han pasado a un sistema acusatorio no existe ese control previo, únicamente lo existe cuando se requiere una medida cautelar, y ello reduce el tiempo entre la medida cautelar y la acusación formal.

Nuevamente podemos identificar la falta de conocimiento de nuestros legisladores sobre el proceso penal. Por lo que hace al primer argumento, la preinstrucción en efecto puede servir para determinar si es procedente la prisión preventiva pero ese es un asunto accesorio. Lo principal es determinar si se continúa con el proceso penal o no. La prisión preventiva puede negarse y aun así continuarse con el trámite del proceso. Lo anterior, con relación al sistema inquisitivo mixto. No obstante, la aplicación de dicho término constitucional se aplica sin problemática alguna en el nuevo sistema de justicia penal. Así lo contempla el *Artículo 313. Oportunidad para resolver la solicitud de vinculación a proceso*. Este plazo es un plazo que otorga la oportunidad al imputado para aportar datos o medios de prueba de descargo (*cf.* art. 314) precisamente para demostrar al juez de control una posible investigación sin mérito. Recordemos que el imputado puede llegar a la audiencia inicial sin tener conocimiento de que se sigue una investigación en su contra — lo que en mi opinión es violatorio del debido proceso porque no se da igual oportunidad a las partes para preparar, en este caso su defensa ya que el ministerio público puede llevar meses o años realizando una investigación sin que el imputado tenga conocimiento de ello y en consecuencia tenga oportunidad de

preparar su defensa—. En el estado en que nos encontramos, la eliminación del plazo constitucional quitaría esa oportunidad de defensa al imputado lo que limitaría y reduciría aún más su derecho a la defensa adecuada y a un debido proceso legal.

En lo tocante al segundo argumento, baste decir que el Código Nacional de Procedimientos Penales se creó por los mismos legisladores que proponen la reforma y en cuyo contenido el auto de vinculación a proceso tiene básicamente los mismos efectos que el auto de formal prisión, marcando el inicio de otra etapa dentro del proceso (la investigación complementaria) y que también establece el parámetro de congruencia entre la acusación y, en su caso, la sentencia. Pues bien, la manera en la que funciona el sistema acusatorio y su regulación en el código adjetivo señalado, no refleja, en absoluto, una incompatibilidad con el hoy auto de vinculación a proceso, por el contrario, es un acto jurisdiccional que da certeza al imputado para su defensa pero también al ministerio público para su acusación. La exposición de motivos en ningún momento explica esa supuesta incompatibilidad “*con un modelo que adopta la metodología de audiencias para la toma de decisiones*” para justificar el cambio que pretende pues, dicho sea de paso, las decisiones sí se toman en audiencia y no parece haber obstáculos para ello.

En lo tocante al tercer punto, iniciemos diciendo que no es verdad que el auto de vinculación a proceso se adhirió a las formalidades del antiguo auto de formal prisión. Para empezar, la formal

prisión de dictaba en plazos irrenunciables; la vinculación a proceso puede dictarse en la misma audiencia inicial si así lo decide el imputado. (*cf.* art. 313) La vinculación o no vinculación se determina en una audiencia; el auto de formal prisión no. Podría seguir pero creo que el punto ha quedado claro. El argumento de los legisladores no es sostenible. Continuemos apuntando que la investigación no se formaliza de manera alguna. La investigación siempre la realiza la policía bajo el mando del Ministerio Público, (*cf.* art. 21, párr. 1. art.3. glosario, art.132, art.211) incluso en la investigación complementaria. Ésta etapa, que critican nuestros legisladores, no se corresponde en absoluto con la *preinstrucción* y además, es una etapa útil puesto que, como se apuntó con anterioridad, el imputado puede llegar a la audiencia inicial sin conocimiento de que se sigue una investigación en su contra y dicha etapa le otorga una oportunidad de defensa tendiente a evitar una acusación. Esto, además de ser una razón de justicia tiene una razón de economía pues el costo de llevar un caso a juicio será mucho más elevado que terminarlo cuando aparezca en el control de mérito previo que hace el juez en esta etapa, que la pretensión punitiva del Ministerio Público no tiene sustento.

Los demás “argumentos” si es que se pueden llamar así, se caen con lo dicho en los párrafos precedentes. Por ello se evitan repeticiones ociosas. Sobre el *quinto* punto, considero pertinente apuntar que la reducción entre el tiempo de medidas cautelares y la acusación

formal se podría reducir de muchas otras maneras sin eliminar por completo el control judicial del que se habla, por poner un ejemplo más garantista, podrían eliminarse las posibles prórrogas al Ministerio Público para continuar con la investigación complementaria.

Para cerrar este subapartado, quiero reiterar y dejar claro que la audiencia inicial —que puede ser también el momento en el que el imputado es vinculado a proceso— es útil porque puede ser el primer momento en que una persona tenga conocimiento de la investigación que se siga en su contra y ello le da oportunidad, hasta ese momento, de defenderse. Evidentemente, mantener la vinculación a proceso es el segundo mejor escenario. Si los legisladores realmente quieren ser garantistas y respetuosos del debido proceso y dar iguales oportunidades a la defensa y a la acusación entonces debería reformarse el CNPP para que desde el momento en el que se inicie una investigación, o tan pronto como se conozca el imputado o haya un señalamiento contra alguna persona, se le notifique y pueda preparar su defensa con la misma oportunidad (temporalidad) que el Ministerio Público su acusación. En este supuesto, sí podríamos prescindir de la vinculación a proceso. Ese cambio sería nuestra mejor opción. Con ello, no solo eliminamos la vinculación a proceso, sino también la investigación complementaria, que hoy tiene lógica porque —si el imputado no se acoge al plazo de 72 horas o su duplicidad— es el único lapso en el que el imputado puede aportar datos o medios de prueba si no

tuvo conocimiento de la investigación en su contra con anterioridad, para desvirtuar la imputación en su contra. Y el control de mérito de la investigación lo haría el órgano jurisdiccional al realizar el estudio para otorgar o negar la orden de aprehensión o comparecencia que solicite el Ministerio Público.

Así, valga la expresión, se matarían dos pájaros de un tiro porque cuando el imputado queda en prisión preventiva durante la investigación complementaria, nos encontramos precisamente ante un arraigo “rebautizado”, puesto que se detiene a una persona para investigar, situación que como ya fue señalado, ha sido duramente criticada por múltiples organismos internacionales y órganos de tratados de derechos humanos.

2. Prisión preventiva oficiosa

Esta es la modificación propuesta con relación a la prisión preventiva (cuadro 5).

La exposición de motivos señala que en línea con el derecho internacional de los derechos humanos, el hecho de imponer prisión preventiva de manera automática en razón del tipo de delito imputado, vulnera el derecho a la libertad personal y a la presunción de inocencia y los principios de proporcionalidad, excepcionalidad, subsidiariedad y razonabilidad, pues no se considera la situación concreta sobre la necesidad de cautela. Sostiene también que cualquier afectación a la libertad personal debe justificarse con razones objetivas e imparciales que permitan imponer la carga de la medida cautelar,

Cuadro 5. Iniciativa sobre la prisión preventiva

| Vigente | Iniciativa |
|---|--|
| <p>El Ministerio Público solo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.</p> | <p><i>Sólo podrán imponerse medidas cautelares con arreglo a los principios de excepcionalidad, proporcionalidad y subsidiaridad, para garantizar la comparecencia del imputado en el proceso, el desarrollo de la investigación y la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad.</i></p> |

por ello su aplicación debe ser el último recurso y buscando la mínima intervención a la afectación de derechos. En este tenor, el Ministerio Público está obligado a acreditar la necesidad de la medida en una audiencia pública. Finalmente, afirma que la prisión preventiva y otras medidas cautelares únicamente deben efectuarse cuando resulten indispensables para garantizar la comparecencia del imputado en el proceso, el desarrollo de la investigación y la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad.

En general, coincido. Lo único que quisiera apuntar, es la subjetividad implícita en algunos de los extremos que justifican la imposición de las medidas cautelares. Garantizar el “desarrollo de la investigación” o “la protección de la comunidad” puede significar cualquier cosa. Si realmente se quiere dar seguridad jurídica a la población, en lugar de esas expresiones deberían utilizarse parámetros que fueran objetivos y no dejar intactas las mencionadas que permiten gran discrecionalidad al Ministerio Público y al propio juez, en perjuicio del gobernado.

Por lo demás, me parece que este es el segundo y último de los cambios rescatables de la iniciativa que se comenta.

3. Congruencia entre la acusación y la sentencia definitiva

En el cuadro 6 se transcribe la reforma propuesta, por lo que hace a este punto, en la iniciativa bajo análisis.

Los legisladores sostienen que como la iniciativa elimina por completo la figura de la vinculación a proceso, la garantía de *litis* cerrada, se traslada a la necesidad de congruencia entre la acusación y la sentencia y así se protege la seguridad jurídica del imputado

respecto de los alcances de los cargos que pesan en su contra.

Al respecto, es necesario señalar que en contra de lo dicho por nuestros legisladores, no se elimina por completo la vinculación a proceso. Baste releer el penúltimo párrafo de la columna relativa a la iniciativa en el cuadro anterior, donde se habla de que en los casos de delincuencia organizada sí existirá vinculación a proceso, pues es dicha figura la que marca la fecha a partir de la cual se suspenderán los plazos de prescripción de la acción penal cuando el inculpaado se evada de la acción de la justicia o sea extraditado. Nótese la incongruencia.

Cuadro 6. Acusación y sentencia definitiva

| Vigente | Iniciativa |
|--|--|
| <p>La ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso.</p> <p>El plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal.</p> <p>La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de vinculación a proceso y del que decreta la prisión preventiva, o de la solicitud de prórroga del plazo constitucional, deberá llamar la atención del juez sobre dicho</p> | <p>Para la aplicación de medidas cautelares la parte acusadora deberá justificar la probabilidad de la existencia del hecho que la ley señale como delito y de la intervención de la persona en él.</p> <p><i>La sentencia definitiva deberá guardar congruencia con el hecho o hechos formulados en la acusación.</i></p> <p><i>Derogado.</i></p> |

Cuadro 6. Continúa...

| Vigente | Iniciativa |
|---|---|
| <p>particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.</p> <p>Todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.</p> <p>Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el inculcado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal.</p> <p>Todo mal tratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución, en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades.</p> | <p>Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el inculcado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal.</p> <p>Todo mal tratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución, en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades.</p> |

Pero eso es lo de menos. Nuestros legisladores reflejan una impactante ignorancia ya no digamos del Derecho Procesal Penal sino de la propia Constitución y de las leyes que ellos mismos crearon.

La Constitución en el artículo 19, en su 5o párrafo (antepenúltimo párrafo en el cuadro de este subapartado),

establece que todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso. Si el proceso se sigue por ciertos delitos, como una consecuencia de los derechos a la seguridad jurídica, a una defensa adecuada y al debido proceso, la sentencia únicamente podrá dictarse en relación con dichos

delitos. Pues bien, este párrafo pretende derogarse.

El Código Nacional de Procedimientos Penales, en su “artículo 68. Congruencia y contenido de autos y sentencias” también contempla esa congruencia y ¡habla específicamente de la acusación y la sentencia! Nuestros legisladores al querer innovar únicamente hacen evidente su falta de diligencia.

En adición a lo anterior, que refuta las “razones” de los legisladores para llevar a cabo la reforma, es importantísimo tener presente que, según el texto de esta iniciativa, para solicitar cualquier medida cautelar se requiera exactamente lo mismo que para librar una orden de aprehensión y para hacerlo basta el dicho de una persona pues eso ya podría hacer “probable” que un delito se cometió y que determinada persona participó en él.¹⁰ Esto es preocupante porque como la reforma permite que la orden de aprehensión sea aplicable a todo delito y, al no existir elementos objetivos ni para librar la orden de aprehensión ni para otorgar medidas cautelares sino únicamente la simple “probabilidad”, se corre el grave riesgo de que tanto el Ministerio Público como el órgano jurisdiccional, determinen que dicha probabilidad se tenga por acreditada. ¿Cómo? Solo ellos lo sabrán porque desde una perspectiva lógica y gramatical, el dicho de una persona podría

ser suficiente para hacer probable la comisión de un ilícito penal y la participación de una persona en él, y eso resta objetividad y genera inseguridad para los gobernados. Pero además de la “probabilidad de la existencia del hecho que la ley señale como delito y de la intervención de la persona en él”, para otorgar medidas cautelares, el párrafo anterior de la iniciativa (que puede verse en el cuadro del subapartado anterior) exige que las medidas cautelares solo se impongan para garantizar la comparecencia del imputado en el proceso, el desarrollo de la investigación y la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad.

Así las cosas, resulta que se requieren más requisitos para imponer medidas cautelares que para librar una orden de aprehensión. En otras palabras ¡es más fácil privar de la libertad a una persona que proteger a otra! Una aberración.

C. ARTÍCULO 20

1. Armonización de la nomenclatura constitucional

La iniciativa de reforma propone el siguiente cambio al Apartado A del artículo 20 constitucional (cuadro 7).

Insistimos en que los legisladores desconocen absolutamente las leyes que aprueban y que están vigentes. El sistema acusatorio en nuestro país permite tener la investigación penal en trámite sin que el imputado sea notificado del inicio de una investigación

¹⁰ Remítase el lector a los subapartados “Requisitos para librar órdenes de aprehensión” y “Caso urgente”.

Cuadro 7. Iniciativa de reforma al artículo 20

| Vigente | Iniciativa |
|---|--|
| <p>Artículo 20. El proceso penal será...</p> <p>A. De los principios generales:</p> <p>VIII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la <i>imputación</i>, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuanto acepte su responsabilidad;</p> | <p>Artículo 20. El proceso penal será...</p> <p>A. De los principios generales:</p> <p>VIII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la <i>acusación</i>, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuanto acepte su responsabilidad;</p> |

en su contra (*cf.* Artículos 218. Reserva de los actos de investigación, 219. Acceso a los registros y la audiencia inicial y 220. Excepciones para el acceso a la información). El imputado puede hacerse sabedor de dicha investigación hasta que es citado a la audiencia inicial cuando la investigación penal ya lleva meses o años por parte del Ministerio Público. Esta situación es violatoria del debido proceso puesto que no existe igualdad de partes ya que el Ministerio Público puede estar investigando durante años, recolectando información, elementos y datos de

prueba y ese no es el mismo tiempo que tiene el imputado para preparar su defensa. El imputado, si tiene suerte, tendrá un máximo de seis meses para preparar su defensa durante la investigación complementaria. Ello también es una violación escandalosa a la defensa adecuada.

Por eso, como ya fue señalado, en el estado actual de nuestro marco jurídico, es necesario que exista la vinculación a proceso y la investigación complementaria, para que el imputado tenga una mínima oportunidad de defensa — pero nunca igual a la oportunidad de

investigación y acusación que tiene el Ministerio Público—. Lo que constituye la segunda mejor opción.

Estas son las cosas que deberían preocupar a nuestros legisladores, situaciones que son verdaderamente violatorias de derechos humanos y no de eliminar etapas que se vuelven necesarias para tratar de equilibrar esa burda inequidad de oportunidades entre el Ministerio Público y el imputado, que los propios legisladores han creado con sus leyes.

No es ocioso reiterar que la mejor opción sería imponer la obligación de notificación al imputado tan pronto se tenga conocimiento de su identidad, para que pueda defenderse en iguales condiciones que el Ministerio Público tiene de preparar la acusación (véanse párrafos penúltimo y último

del Apartado B Artículo 19 de este trabajo). Con ello se evitaría una crasa vulneración al debido proceso y a la defensa adecuada.

D. ARTÍCULO 73

1. Competencia del Congreso de la Unión para legislar en materia de delincuencia organizada

Por lo que hace al artículo 73, la iniciativa sugiere la modificación mostrada en el cuadro 8.

La exposición de motivos esgrime que las entidades federativas se ven obligadas a investigar fragmentariamente los delitos que están vinculados con la delincuencia organizada, pues la investigación de esta es competencia de

Cuadro 8. Iniciativa de reforma al artículo 73

| Vigente | Iniciativa |
|--|---|
| <p>Artículo 73. El Congreso tiene la facultad:</p> <p>XXI. Para expedir:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) ... c) La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias, de ejecución de penas y justicia penal para adolescentes, que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común. <p>...</p> | <p>Artículo 73. El Congreso tiene la facultad:</p> <p>XXI. Para expedir:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) ... c) La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias, de ejecución de penas y justicia penal para adolescentes <i>y delincuencia organizada</i>, que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común; <p>...</p> |

la Federación. Ello imposibilita la realización de una investigación integral debido a la obligación de separar toda la información relacionada con delincuencia organizada de los delitos del fuero común. De esta manera se afecta el deber de debida diligencia en la investigación. En consecuencia, se propone la creación de una Ley Nacional de Delincuencia Organizada para que las autoridades locales también tengan competencia para perseguir delitos de delincuencia organizada, evidentemente sin la presencia del arraigo. Finaliza alegando que esta facultad no significa crear una legislación paralela de carácter excepcional en materia de delincuencia organizada, es decir, por ningún motivo debe entenderse que se autoriza al Congreso crear un derecho penal de excepción.

Estimo que las entidades federativas no están preparadas para investigar la delincuencia organizada. Si ha sido criticado que incluso algunos funcionarios de la SEIDO han sido cooptados por el crimen organizado —varios han estado en prisión— cuando los sueldos a nivel federal son sustancialmente mayores que los del fuero común. Permitir al fuero común investigar la delincuencia organizada sería poner en bandeja de plata la oportunidad para corromper funcionarios locales. Esa desproporción entre la capacidad operativa de la delincuencia organizada y de las entidades federativas fue lo que detonó la reforma constitucional de 2008 en la materia, que otorgó competencia exclusiva a la Federación para legislar e investigar los delitos relacionados con ese fenómeno

delincuencial. Los estados no tienen la capacidad económica, humana, técnica y tecnológica para investigar dicho fenómeno y pasará con más facilidad lo que en su momento ocurrió en Michoacán en tiempos de Fausto Vallejo. Más que un riesgo sería una inminente caída que no tendríamos porque tener.

En cuanto a la legislación única, en congruencia con lo dicho en el párrafo precedente, la Federación ya tiene la competencia exclusiva y el Congreso de la Unión la facultad de legislar en materia de delincuencia organizada, prevista en el artículo 73 constitucional, fracción XXI, inciso b).

Esta modificación, en línea con la mayoría de las anteriores que contiene la iniciativa, es un sinsentido.

Un derecho constitucional y penal de excepción es el que pretenden crear con la mayoría de los cambios que busca esta iniciativa.

E. ARTÍCULO 107

1. Juicio de amparo y principio de estricto derecho

En el cuadro 9 presentamos, la reforma que busca cambiar el texto constitucional en su artículo 107.

Al respecto, nuestros legisladores buscan que el juicio de amparo sea de estricto derecho en materia penal. Esto es, se elimina la suplencia en la deficiencia de la queja para dicha materia. Alegan que el sistema acusatorio solo admite recursos de manera extraordinaria debido a que

Cuadro 9. Iniciativa de reforma al artículo 107

| Vigente | Iniciativa |
|--|---|
| <p>Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103... se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:</p> <p>I. ...</p> <p>II. ...</p> <p>En el juicio de amparo deberá suplirse la deficiencia de los conceptos de violación o agravios de acuerdo con lo que disponga la ley reglamentaria.</p> <p>...</p> <p>III. ...</p> | <p>Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103... se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:</p> <p>I. ...</p> <p>II. ...</p> <p>En el juicio de amparo deberá suplirse la deficiencia de los conceptos de violación o agravios de acuerdo con lo que disponga la ley reglamentaria. <i>El amparo en materia penal será de estricto derecho.*</i></p> <p>...</p> <p>III. ...</p> |
| <p>* El documento de la iniciativa plantea dos redacciones distintas en lo que se observa como una crasa falta de atención de los legisladores y sus equipos de trabajo. En la página 16 del documento tiene la redacción que se transcribe en el texto relacionado a este pie de página, pero en la página 21 en lugar de la adición transcrita la redacción utilizada es “El amparo en materia penal deberá contener la expresión de agravios...” y de esto último no necesariamente se deriva que el amparo en materia penal será de estricto derecho. Las distintas redacciones pueden tener efectos muy distintos aunque la exposición de motivos es clara en su intención.</p> | |

opera sobre un modelo de audiencias que permite un control de garantías de manera horizontal, en el que las partes argumentan ante un tercero imparcial. Por ello, sostienen que el amparo debe ser de estricto derecho y basarse solo en los agravios que expresamente formulen las partes sobre la resolución definitiva que les cause agravio. Así, el órgano de alzada no se convierte en un revisor oficioso de todo el procedimiento, pues ello únicamente debilita las garantías que deben existir en primera instancia y socava el poder jurisdiccional del juez natural. Además alegan que si el juez

de amparo puede revisar la integridad del procedimiento penal y pronunciarse sobre planteamientos que no fueron señalados por las partes en primera instancia, se debilitan los principios del sistema acusatorio. Finalizan afirmando que la suplencia de la queja en el amparo no es un derecho fuerte como lo son los principios que caracterizan el sistema acusatorio, por lo que aquel tendría que ceder frente a estos.

Considero importante abrir este comentario con algunas precisiones. La iniciativa genera una contradicción con el último párrafo del inciso a), de la

fracción III del artículo que se comenta que continúa contemplando la suplencia de la queja deficiente en materia penal.¹¹ Un juzgador de amparo no es un “juez de alzada”. Las competencias de unos y otros son absolutamente distintas. Ni el juez de alzada ni el de amparo pueden revisar “oficiosamente” “todo” el procedimiento o la “integralidad” del mismo. Sus competencias son muy limitadas y concretas. Las competencias de los jueces de alzada y de los jueces de amparo de ninguna manera socavan el poder jurisdiccional del juez natural porque su competencia no les permite estudiar o revisar lo mismo que estudia o revisa el juez natural. Pero aun cuando así lo hicieran, ese argumento podría ser aplicable a todas las ramas del derecho y no únicamente al derecho penal por lo que no se explica la razón de que solo se quiera eliminar la suplencia de la queja deficiente en materia penal y no en derecho agrario, por poner un ejemplo.

La suplencia de la queja deficiente en materia penal se contempla desde el texto original —1917— de nuestra Constitución. Luego —en 1951, es decir 34 años después— se trasladó al derecho laboral en favor del trabajador

y mucho después —en 1962, o sea 45 años más tarde— al derecho agrario. Esa temporalidad ya dice mucho. Pero además lo que se busca proteger con la suplencia de la queja deficiente en materia penal (libertad personal) tiene mucha mayor relevancia que aquello que se protege con la misma figura en las otras materias (el trabajo y la propiedad). ¿Por qué entonces se busca dejar al gobernado en el tipo de indefensión que más le perjudica? ¿Alguien en su sano juicio preferiría mantener sus propiedades que su libertad? Recordemos además que la absoluta mayoría de la población penitenciaria no contó, en su momento, ni cuenta ahora con recursos para tener un buen abogado y que siempre es mejor que un culpable quede libre a que un inocente pierda su libertad (Halvorsen V., 2004, pp. 3-13).¹²

Pero además, nuestros legisladores pretenden comparar cosas que no son comparables porque tienen naturaleza distinta. En sus palabras la suplencia de la queja “no es un derecho fuerte como lo son los principios que caracterizan el sistema acusatorio”. ¿A dónde vamos a llegar con este tipo de “ideas” —porque de poder ser un argumento está muy lejos— de nuestros legisladores?

La fortaleza y las raíces de la suplencia de la queja en materia penal han quedado ya señaladas y en nada afectan los principios del sistema penal acusatorio. Son totalmente independientes.

¹¹ “Al reclamarse la sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio, deberán hacerse valer las violaciones a las leyes del procedimiento, siempre y cuando el quejoso las haya impugnado durante la tramitación del juicio mediante el recurso o medio de defensa que, en su caso, señale la ley ordinaria respectiva. Este requisito no será exigible en amparos contra actos que afecten derechos de menores o incapaces, al estado civil, o al orden o estabilidad de la familia, ni en los de naturaleza penal promovidos por el sentenciado.”

¹² En sentido similar, *Coffin v. United States* 156 U.S. 432 (1985): 454.

No obstante lo anterior, eliminar el derecho a la suplencia de la queja deficiente sería una regresión tan exagerada que podría fácilmente llegar a traducirse en una responsabilidad internacional para el Estado mexicano, gracias a estas “grandes ideas” de nuestros legisladores quienes esperemos que tengan la capacidad de reconsiderar su iniciativa antes de que sea demasiado tarde.

2. Amparo indirecto en materia penal

Sobre este punto, los legisladores proponen la reforma mencionada en el cuadro 10.

Para argumentar la pertinencia del cambio sostienen que el sistema acusatorio ya cuenta con instrumentos para convalidar o subsanar vicios formales, cuando dichos vicios se traducen en una afectación irreparable a un derecho fundamental y dicho acto violatorio no pueda ser subsanado, la nulidad de dicho acto y de todos los que de él derivan debe ocurrir en el mismo proceso, de ahí que el juez natural esté facultado para decretar la nulidad de los actos ilícitos. El amparo indirecto en materia penal genera que cualquier decisión que se produzca en el proceso, incluso si es reparable en su curso, sea materia de continuas interrupciones y suspensiones, incluso respecto de violaciones que en realidad no se traducen en la afectación de un derecho fundamental. El juicio de amparo, en este sentido, tendría que proceder como un recurso extraordinario, procedente solamente contra actos u omisiones que priven de

la libertad a una persona como podrían ser la sentencia condenatoria o la prisión preventiva. Así lo que se busca es que el amparo indirecto en materia penal solo proceda contra resoluciones o actos que causen agravios de imposible reparación contra la libertad del imputado.

Sobre el particular, es falso que “cualquier decisión” en el proceso penal “incluso si es reparable en su curso” o “si la violación no se traduce en la afectación de un derecho fundamental” sea materia de continuas interrupciones y suspensiones. El amparo no procede contra cualquier decisión, de hecho existen múltiples causales de improcedencia (*cf.* Artículo 61. Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) que nuestros legisladores parecen desconocer a pesar de que la Ley de Amparo vigente también fue creada por los legisladores impulsores de esta iniciativa. Tampoco es procedente el amparo si la violación es reparable en el curso del proceso, pues las fracciones XVI¹³ y XVII¹⁴ del artículo 61 de la Ley de Amparo señalan su improcedencia en ese caso. Lo mismo puede decirse de la hipótesis

¹³ “Contra actos consumados de modo irreparable;”.

¹⁴ “Contra actos emanados de un procedimiento judicial o de un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio, cuando por virtud del cambio de situación jurídica en el mismo deban considerarse consumadas irreparablemente las violaciones reclamadas en el procedimiento respectivo, por no poder decidirse en tal procedimiento sin afectar la nueva situación jurídica.

“Cuando en amparo indirecto se reclamen violaciones a los artículos 19 ó 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, solamente la sentencia de

Cuadro 10. Iniciativa de reforma al artículo 107

| Vigente | Iniciativa |
|--|---|
| <p>Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103... se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:</p> <p>I ...</p> <p>III. Cuando se reclamen actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el amparo sólo procederá en los casos siguientes:</p> <p>a) ...</p> <p>b) Contra actos en juicio cuya ejecución sea de imposible reparación, fuera de juicio o después de concluido, una vez agotados los recursos que en su caso procedan.</p> <p>c) ...</p> <p>IV. ...</p> <p>V. En el amparo contra sentencias definitivas, laudos o resoluciones que pongan fin al juicio se promoverá ante el Tribunal Colegiado de Circuito competente de conformidad con la ley, en los casos siguientes:</p> <p>a) En materia penal, contra resoluciones definitivas dictadas por tribunales judiciales, sean éstos federales, del orden común o militares</p> <p>b) ...</p> <p>VI. ...</p> <p>XII. La violación de las garantías de los artículos 16, en materia penal, 19 y 20 se reclamará ante el superior del tribunal que la cometa, o ante el Juez de Distrito o Tribunal Unitario de Circuito que</p> | <p>Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103... se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:</p> <p>I. ...</p> <p>III. Cuando se reclamen actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el amparo sólo procederá en los casos siguientes:</p> <p>a) ...</p> <p>b) Contra actos en juicio cuya ejecución sea de imposible reparación, fuera de juicio o después de concluido, una vez agotados los recursos que en su caso procedan.</p> <p><i>En materia penal sólo será procedente contra actos u omisiones fuera del juicio oral que priven de la libertad personal de modo irreparable y una vez que hayan sido agotados los recursos procedentes, y</i></p> <p>c) ...</p> <p>IV. ...</p> <p>V. En el amparo contra sentencias definitivas, laudos o resoluciones que pongan fin al juicio se promoverá ante el Tribunal Colegiado de Circuito competente de conformidad con la ley, en los casos siguientes:</p> <p>a) En materia penal, contra <i>la sentencia definitiva dictada en el juicio oral o contra el sobreseimiento definitivo, sea en el orden federal, común o militar.</i></p> |

Cuadro 10. Continúa...

| Vigente | Iniciativa |
|--|--|
| <p>corresponda, pudiéndose recurrir, en uno y otro caso, las resoluciones que se pronuncien, en los términos prescritos por la fracción VIII.</p> <p>Si el Juez de Distrito o el Tribunal Unitario de Circuito no residieren en el mismo lugar en que reside la autoridad responsable, la ley determinará el juez o tribunal ante el que se ha de presentar el escrito de amparo, el que podrá suspender provisionalmente el acto reclamado, en los casos y términos que la misma ley establezca;</p> <p>XIII. ...</p> | <p>b) ...</p> <p>VI. ...</p> <p>XII. <i>Derogado.</i></p> <p>XIII. ...</p> |

relativa a que la violación no se traduzca en la afectación de un derecho fundamental, pues la improcedencia en tal supuesto se ordena por la fracción XII¹⁵ del mismo artículo, en relación con la fracción I del artículo 5o¹⁶ de la misma Ley de Amparo.

primera instancia hará que se consideren irreparablemente consumadas las violaciones para los efectos de la improcedencia prevista en este precepto. La autoridad judicial que conozca del proceso penal, suspenderá en estos casos el procedimiento en lo que corresponda al quejoso, una vez concluida la etapa intermedia y hasta que sea notificada de la resolución que recaiga en el juicio de amparo pendiente”.

¹⁵ “Contra actos que no afecten los intereses jurídicos o legítimos del quejoso, en los términos establecidos en la fracción I del artículo 5o de la presente Ley, y contra normas generales que requieran de un acto de aplicación posterior al inicio de su vigencia;”.

¹⁶ “El quejoso, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que la norma,

Luego señalan nuestros legisladores que por esas “razones” —cuya improcedencia ya está contemplada en la Ley de Amparo por lo que su

acto u omisión reclamados violan los derechos previstos en el artículo 1o de la presente Ley y con ello se produzca una afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

El interés simple, en ningún caso, podrá invocarse como interés legítimo. La autoridad pública no podrá invocar interés legítimo.

El juicio de amparo podrá promoverse conjuntamente por dos o más quejosos cuando resientan una afectación común en sus derechos o intereses, aun en el supuesto de que dicha afectación derive de actos distintos, si éstos les causan un perjuicio análogo y provienen de las mismas autoridades.

Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa;

La víctima u ofendido del delito podrán tener el carácter de quejosos en los términos de esta Ley.”.

“razonamiento” carece de sustento— es que el juicio de amparo debe ser extraordinario y proceder solo contra actos u omisiones que priven de la libertad a una persona —y enuncian como ejemplo la sentencia condenatoria o la prisión preventiva—. En otras palabras, argumentan que lo que buscan es que “el amparo indirecto en materia penal únicamente proceda contra resoluciones o actos que causen agravios de imposible reparación contra la libertad del imputado”. Han transcurrido casi cien de años en los que se ha depurado el juicio de amparo y siempre se ha considerado que después de la vida, la libertad personal le sigue en jerarquía. Esa evolución de la Ley de Amparo y de la propia Constitución nos ha traído al punto en el que se estima que la protección a esos derechos fundamentales es de una importancia inigualable. Por ello se han creado tantos candados y oportunidades para proteger la libertad de las personas. No queramos hoy, con un plumazo hecho con ignorancia, echar abajo principios que vienen desde la época de Trajano, quien desde aquellas épocas sostuvo “better to let the crime of a guilty person go unpunished than to condemn the innocent” (Coffi V. United States 156 U. S. 432, 1985: 454) y que luego suscribió William Blackstone (1769), Thomas Starkie (1824) y Jeremy Bentham (1825) (Halvorsen, V; *op. cit.*: 3).¹⁷ Pues bien, con este tipo de reformas lo único que

se facilita es que inocentes sean sancionados penalmente.

Además, nuestros legisladores, otra vez, hacen evidente su falta de cuidado y su falta de conocimiento. Primero sostienen que el amparo tendría que proceder “contra actos u omisiones que priven de la libertad” y mencionan como ejemplo la sentencia condenatoria y la prisión preventiva y posteriormente señalan que el amparo indirecto solo sería procedente “contra resoluciones o actos que causen un agravio de imposible reparación contra la libertad personal”. Sobre la primera parte, si se utiliza la expresión que “priven de la libertad” podrá darse el caso de que el amparo no proceda contra el reconocimiento de inocencia o la anulación de sentencia, porque esos actos no “privaron de la libertad” al quejoso y si se otorga la libertad con esas figuras, tampoco podrá acudir al amparo la víctima o el ofendido. Llevado a un extremo, lo mismo podría decirse de la propia prisión preventiva si la misma se ordena cuando el imputado ya está detenido. Es absurdo. Respecto de la segunda parte, desde el punto de vista jurídico, los “actos de imposible reparación” son aquellos que afectan materialmente derechos sustantivos tutelados por la Constitución y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte (*cf.* Ley de Amparo. Artículo 107, fracciones III, inciso b) y V).

En este sentido toda privación de la libertad que no se apegue a la ley, constituye un acto de imposible reparación pues se afecta el derecho sustantivo y

¹⁷ Halvorsen, V., 2004:3.

humano a la libertad personal y el derecho a la seguridad jurídica. Pero la libertad no únicamente se afecta cuando una persona es privada de ella. Con esta reforma no se podrá conocer en amparo de otros actos que, sin consistir en privación de la libertad sí afectan dicho derecho, como la negativa a admitir una prueba o la negativa de desahogar una prueba anticipada porque esas negativas no entrañan en sí una privación de la libertad.

Y el mismo razonamiento puede aplicarse a la última modificación propuesta por la reforma (107, fracción V, inciso a) donde se sustituye el término “resoluciones definitivas” por el de “sentencia definitiva o sobreseimiento definitivo” pues aquel abarca muchos más supuestos que estos.

Se dice que “el que no conoce la historia está condenado a repetirla” y nuestra historia nos ha permitido evolucionar de los estados autoritarios a los estados democráticos de derecho, en los que la libertad es pilar fundamental cuya protección es la piedra angular de dicho pilar. Pues bien, más de dos siglos de vida independiente han logrado establecer excepciones que amplían la procedibilidad del amparo contra actos que afectan la libertad (*cf.* Ley de Amparo. Artículo 61, fracción XVIII, incisos a), b) y d), y ese logro no debería nulificarse con la aprobación de una iniciativa que sobresale por haber sido hecha con ignorancia y demagogia, que se traduce en gigantescas zancadas regresivas de nuestros legisladores y que nos está regresando a 1917.

V. CONCLUSIONES

La democracia es compleja y tiene muchas virtudes. El diálogo y el debate pueden llevar a grandes cosas, a grandes progresos. Pero una democracia tiene riesgos, que se acentúan cuando los representantes populares toman decisiones por demagogia y no por el bienestar y la seguridad de sus gobernados. Esta iniciativa, en su mayor parte es una de esas. Dichos riesgos permiten que democracias pasen a dictaduras demagógicas, de las que tenemos destacados ejemplos en Latinoamérica.

La ley nunca generará realidad y cuando se pretende que así sea se producen perversiones como las dictaduras señaladas. La responsabilidad social y sobre todo la gubernamental que tienen los legisladores como órgano del Estado, debería obligarlos a analizar a conciencia las reformas que proponen y, sobre todo, las desventajas o efectos adversos de las mismas, para así, considerando el principio pro persona, determinar si las modificaciones realmente amplían la protección de la población a la que representan o no. Aprobando en el primer caso y rechazando la reforma en el último.

Esta iniciativa, casi en su totalidad, es impactantemente regresiva. Reduce sustancialmente la protección de la libertad personal y de defensa adecuada de la población, pero también los derechos de las víctimas, quienes tampoco podrán acudir al amparo en muchos casos.

Lo único rescatable de esta iniciativa es la supresión del arraigo¹⁸ y la eliminación de la prisión preventiva oficiosa. Todos los demás cambios propuestos son regresivos.

Esperemos que nuestros legisladores, aprovechen la oportunidad de hacer verdaderamente efectiva la igualdad de las partes imponiendo la obligación del Ministerio Público de notificar al imputado sobre el inicio de la investigación y así éste no tenga que enterarse de la misma hasta la audiencia inicial con la formulación de la imputación —que como se ha dicho puede coincidir con la vinculación a proceso—. Con ello, se respetaría el debido proceso y la defensa adecuada; con ello, nuestros legisladores podrían eliminar, sin remordimientos —aunque de cualquier manera no creo que los tengan—, la vinculación a proceso y la investigación complementaria y con ello, la población quedaría tranquila y segura.

No está de más tener presente que nuestros legisladores no deben buscar la manera de facilitar el trabajo a los ministerios públicos para que puedan acusar con menos requisitos a la población, ni a los jueces para que puedan condenar a la población, al contrario. Deberían de imponer mayores requisitos para privar de la libertad a las personas y con ello garantizar una mayor

libertad y mayor seguridad a los gobernados. Esos requisitos no necesariamente se traducen en requisitos constitucionales para librar órdenes de aprehensión, etc., pueden ser requisitos de capacitación, de aprobación de exámenes de conocimiento, fijar mejores sueldos para que gente verdaderamente preparada esté interesada en ser agente del ministerio público. Todas estas medidas de austeridad recientes, son buenas en cierto sentido, pero ello no debería ir en detrimento de los órganos de procuración e impartición de justicia, por el contrario, los sueldos de éstos funcionarios deberían ir a la alza. Por algo se dice en el ámbito laboral “*if you pay peanuts you’ll have monkeys*”.

La población no debe, en modo alguno, resentir una limitación en sus derechos, por la negligencia o impericia de los funcionarios públicos. Eso es lo que está pasando con esta desafortunada iniciativa.

Recordemos que para una persona, cualquier privación de la libertad es irreparable —con independencia del concepto jurídico— porque el tiempo en reclusión nunca podrá recuperarse y por ello entre mayores oportunidades de defensa se tengan, es mejor.

VI. FUENTES DE CONSULTA

- Amar, A. (1997). *The Constitution and Criminal Procedure. First Principles*. Connecticut: Yale University Press.
- Carpizo, J. (2011). “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”. En *Revista Mexicana*

¹⁸ Aunque pareciera que solo cambió de nombre pues la investigación complementaria, considerando nuestro marco jurídico actual, si bien es necesaria para que el imputado conozca la imputación y se defienda, se utiliza en muchos casos como un arraigo “rebautizado”, es decir, se detiene para investigar.

- de Derecho Constitucional*. (Núm. 25. Julio-Diciembre). México: UNAM-IIJ.
- Coffi v. United States, *Error to the District Court of the United States for the District of Indiana* (1985) 156, U.S. 432, No. 741, December 6-7, 1984.
- Díaz Aranda, E. (2003). “Política criminal de la reforma de 1999 al procedimiento penal mexicano”. En *Proyectos legislativos y otros temas penales (segundas jornadas sobre justicia penal)*. México: UNAM-IIJ.
- Halvorsen, V. (2004) “Is it better that ten guilty persons go free than that one innocent person be convicted?”. En *Criminal Justice Ethics*. Vol. 23. Issue 2 (Summer/Fall). Charles Sturt University: 2004.
- Tesis P./J. 20/2014 (10a.). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 5 de diciembre de 2014.
- Tesis 1a. CCXCI/2016 (10a.). *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, viernes 02 de diciembre de 2016, 10:14.
- Tesis 1a. CCXCIII/2016 (10a.) *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, viernes 02 de diciembre de 2016, 10:14.