

# PROTEGER LA LIBERTAD: UNA PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Miguel CARBONELL

*A la memoria de Marcia Muñoz de Alba,  
por su jovialidad y por enseñarnos a disfrutar la vida.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Detenciones en flagrancia y reserva de jurisdicción.* III. *Retención.* IV. *Arraigo.* V. *Lectura de los derechos.* VI. *Responsabilidad patrimonial por detenciones indebidas.* VII. *Las detenciones arbitrarias: algunas evidencias empíricas.* VIII. *Presunción de inocencia y prisión preventiva.* IX. *Reserva de Código Penal.*

## I. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente ensayo es aportar una reflexión propositiva sobre el derecho genérico a la libertad. En otras palabras, se trata de indagar sobre la regulación que actualmente existe en la Constitución mexicana acerca de las medidas privativas de la libertad, así como proponer algunas modificaciones. Las propuestas que se realizarán buscan generar una cierta discusión en torno a las facultades que deberían tener las autoridades del sector de procuración y administración de justicia frente al derecho de permanecer libres que tenemos los habitantes de México. Se trata, como es obvio, de uno de los temas más clásicos pero a la vez más importantes de cualquier Estado constitucional. Comencemos por recordar algunas obviedades.

La expresión más inmediata que pueden tener los derechos de libertad constitucionalmente reconocidos consiste en la prohibición de que existan detenciones fuera de los casos constitucional y legalmente permitidos. Es decir, un régimen constitucional democrático debe establecer con la

mayor precisión que sea posible las causas y modalidades bajo las que una persona puede ser privado de su libertad, por ejemplo a través de la regulación de los siguientes aspectos: a) requisitos para detenciones policiales; b) prisión preventiva; c) requisitos para el otorgamiento de órdenes de aprehensión; d) garantías del proceso penal; e) derechos de las personas que cumplen una condena privativa de la libertad, etcétera.

Para conocer un modelo de regulación constitucional que, en lo general, protege adecuadamente la libertad de los sujetos a los que se aplica, podemos citar el artículo 13 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, que entre otras cosas dispone que los funcionarios de la ciudad se atengan a las siguientes reglas:

1. Nadie puede ser privado de su libertad sin una orden escrita y fundada emanada de autoridad judicial competente, salvo caso de flagrante delito con inmediata comunicación al juez. 4. Toda persona debe ser informada del motivo de su detención en el acto, así como también de los derechos que le asisten. 5. Se prohíben las declaraciones de detenidos ante la autoridad policial. 6. Ningún detenido puede ser privado de comunicarse inmediatamente con quien considere. 9. Se erradica de la legislación de la Ciudad y no puede establecerse en el futuro ninguna norma que implique, expresa o tácitamente, peligrosidad sin delito, cualquier manifestación de derecho penal de autor o sanción de acciones que no afecten derechos individuales ni colectivos.

Normas como la que se acaba de transcribir suponen una plataforma normativa aceptable para proteger debidamente la libertad de los sujetos a los que se dirigen. Por desgracia, no en todos los ordenamientos jurídicos se encuentra una regulación de este tipo. De acuerdo con los argumentos que se ofrecerán más adelante, el ordenamiento jurídico mexicano quizá no alcance ese nivel de tutela normativa.

En los siguientes apartados analizaremos algunos de los cinco incisos recién apuntados y haremos las correspondientes propuestas de reforma.

## II. DETENCIONES EN FLAGRANCIA Y RESERVA DE JURISDICCIÓN

Una cuestión relativamente pacífica en el régimen jurídico de la privación de la libertad tiene que ver con las detenciones practicadas en “flagrancia”, es decir, en el momento mismo en que una persona está cometiendo un delito o en el inmediatamente posterior, cuando sucede la

persecución material luego de ocurrido el hecho. La Constitución mexicana, en el párrafo tercero de su artículo 16 permite que cualquier persona pueda detener a un sujeto en flagrancia.

La existencia de la flagrancia supone una continuidad temporal entre el descubrimiento del hecho delictuoso y la detención. Si esa continuidad temporal se ve interrumpida (es decir, si la detención no es coexistente con la realización de la conducta ilícita o con la persecución inmediata posterior) entonces no estamos en el supuesto del párrafo tercero del artículo 16 y, por tanto, cualquier detención que se practique al amparo de esa supuesta flagrancia deviene automáticamente en arbitraria.

Algunos códigos de procedimientos penales extienden la temporalidad de la flagrancia a través de lo que se ha llamado “flagrancia equiparada”, de acuerdo con la cual todavía se puede detener a una persona cuando hayan transcurrido menos de 48 o 72 horas de que ha realizado una conducta delictiva.<sup>1</sup> El concepto de “flagrancia equiparada” es inconstitucional, pues permite detenciones fuera de lo que dispone el artículo 16; además, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU ha señalado que este tipo de flagrancia “es incompatible con el concepto de presunción de inocencia y genera tanto riesgos de detenciones arbitrarias como de extorsiones”.<sup>2</sup>

Para evitar esas extra-limitaciones legislativas y administrativas es necesario definir en el texto constitucional lo que debe entenderse por flagrancia, de acuerdo con lo que ya se ha dicho.

Fuera de los casos de flagrancia, cualquier tipo de detención o retención debe ser autorizada por una autoridad judicial.<sup>3</sup> Hay que ser muy enfáticos en este punto: las autoridades administrativas no deben contar con facultades de privación de la libertad, con excepción de los arrestos por infracciones administrativas. Cualquier privación de la libertad que vaya más allá de un arresto administrativo (de los previstos en el párrafo primero del

<sup>1</sup> Es el caso de la fracción III del artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales.

<sup>2</sup> Informe del Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria acerca de su visita a México, E/CN.4/2003/8/Add.3, párrafo 39.

<sup>3</sup> Para el análisis de las diferencias entre detención y retención puede verse Banacloche Palao, Julio, *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el derecho español*, Madrid, McGraw-Hill, 1996 y Casal Hernández, Jesús María, *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Madrid, CEPC, 1998, ambos con abundante bibliografía complementaria.

artículo 21 constitucional)<sup>4</sup> está sujeta a una “reserva de jurisdicción”, es decir, debe ser ordenada solamente por un juez.

Puede servir como modelo para una futura reforma constitucional lo que dispone el segundo párrafo del artículo 12 de la Constitución de Bélgica, según el cual: “Salvo el caso de flagrante delito, nadie podrá ser detenido sino en virtud de auto motivado de un juez, que se deberá notificar en el momento de la detención o dentro de las veinticuatro horas a más tardar”.

La regulación estricta de la flagrancia no es una cuestión puramente teórica, sino del todo práctica tomando en cuenta que la mayoría de las detenciones realizadas por la policía con motivo de la comisión de un hecho delictivo son realizadas en el mismo momento de cometerse el hecho o durante las siguientes tres horas. Según una encuesta realizada a la población penitenciaria, el 48% de los encuestados declaró haber sido detenido a escasos minutos (menos de 60) de la comisión del delito. Otro 22% fue detenido entre la segunda hora (minuto 61 en adelante) y las 24 horas siguientes.<sup>5</sup> Es decir, el 70% de los detenidos lo fueron con menos de 24 horas de distancia respecto a la comisión del delito.

De acuerdo con estas cifras no debe sorprendernos el hecho de que la mayor parte de las detenciones se practican sin orden judicial de por medio. Se calcula que el 40% de las detenciones se realizan sin la orden de aprehensión que debe emitir un juez.<sup>6</sup>

### III. RETENCIÓN

Actualmente el párrafo séptimo del artículo 16 de la Constitución mexicana prevé la figura de la “retención” ante el Ministerio Público; el texto constitucional establece que el detenido deberá ser entregado a la autoridad judicial en un plazo máximo de 48 horas, mismo que se podrá duplicar (96 horas) en el caso de la supuesta comisión de delitos de delincuencia

<sup>4</sup> Como se sabe, dicho párrafo autoriza el arresto hasta por 36 horas en el caso de violación a los “reglamentos gubernativos y de policía”.

<sup>5</sup> Bergman, Marcelo (coord.), *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional. Resultados de la encuesta a población en reclusión en tres entidades de la República Mexicana*, México, CIDE, 2003, p. 45.

<sup>6</sup> Zepeda Lecuona, Guillermo, *Crimen sin castigo. Procuración de justicia y ministerio público en México*, México, CIDAC-FCE, 2004, p. 245.

organizada. Mientras tanto la persona queda a disposición de la autoridad administrativa ministerial.

La “retención” es una figura que no encaja del todo dentro del sistema constitucional de privación legal de la libertad y que tiene una muy débil justificación. La Constitución ordena que siempre que se lleve a cabo una detención (realizada por mandato judicial o no, dentro de los casos de excepción), la persona debe ser puesta de inmediato a disposición de un juez. ¿Qué justifica que el párrafo séptimo del artículo 16 autorice una excepción a esa entrega inmediata?

Al parecer, el supuesto que se analiza tiene lugar cuando se verifica cualquiera de las circunstancias de acuerdo con las cuales el Ministerio Público detiene a una persona (por flagrancia, en caso de urgencia o cuando la persona se presenta voluntariamente ante el Ministerio Público). En estos supuestos, se puede entender que la Constitución le otorga un plazo al Ministerio Público para que pueda integrar debidamente la averiguación previa, a fin de que cuando acuda ante el juez poniendo a disposición al detenido, lo haga contando con todos los elementos necesarios para que la autoridad judicial pueda determinar su situación jurídica.

Pero aun aceptando que ese pueda ser el criterio para justificar la “retención”, la verdad es que no deja de ser peligroso su reconocimiento constitucional, ya que se lleva a cabo sin ningún tipo de control judicial y el plazo establecido es muy largo, tanto para el supuesto general de las 48 horas como —todavía peor— para el caso de la delincuencia organizada, 96 horas, que son nada menos que cuatro días enteros.

A todas luces se trata de un plazo excesivo y que se podría sustituir con otro sistema que permitiera tener asegurado al presunto responsable (bajo supervisión judicial) mientras el Ministerio Público termina de integrar la averiguación previa; en todo caso, debería tratarse de un plazo breve y solamente aplicable para casos excepcionales. La supervisión judicial puede servir como un dique a la consideración del Ministerio Público acerca de si una persona ha cometido o no delitos de delincuencia organizada. Tal como está el texto constitucional el Ministerio Público goza de una facultad demasiado amplia para determinar este aspecto, lo que conlleva posibles violaciones de derechos.

La figura de la retención debe modificarse profundamente (para ponerla en manos de los jueces y no del Ministerio Público) o de plano derogarse.

#### IV. ARRAIGO

Aparte de los supuestos constitucionalmente previstos para llevar a cabo una aprehensión, una detención o una retención, en algunos códigos de procedimientos penales se ha comenzado a establecer la figura del “arraigo”. Así por ejemplo, el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales establece que la autoridad judicial, a petición del Ministerio Público, podrá decretar el arraigo de una persona hasta por treinta días naturales o la prohibición para que abandone una determinada demarcación hasta por sesenta días naturales mientras se prepara el ejercicio de la acción penal, siempre que exista riesgo fundado de que la persona se sustraiga a la acción de la justicia.

Se trata de una figura que permite innumerables abusos por parte de la autoridad ministerial, ya que su regulación es muy escueta. Así, por ejemplo, no se señala expresamente que el lugar para ejecutar el arraigo es el domicilio del particular afectado o cualquiera que él quiera señalar, con lo cual se ha permitido el uso de “casas de seguridad” o de hoteles donde el Ministerio Público ubica a los afectados mientras dura la medida del arraigo. Tampoco se establece si durante el arraigo le asisten al afectado los derechos que señala la Constitución en el artículo 20 para toda persona que esté sujeta a un procedimiento penal; esto significa que no queda claro si el arraigado tiene derecho a recibir asistencia de abogado o si puede ser interrogado válidamente.

Quizá serviría contar con una previsión constitucional que dejara en claro que cualquier privación de la libertad debe darse conforme a los plazos que establece la propia Constitución, fuera de los cuales no podrá mantenerse a una persona impedida de ejercer su libertad deambulatoria.

#### V. LECTURA DE LOS DERECHOS

Retomando el ejemplo del citado artículo 13 de la Constitución de Buenos Aires, se podría incorporar al texto constitucional la obligación de toda autoridad que lleva a cabo una detención de informar a la persona detenida sobre la causa de su detención y sobre sus derechos.<sup>7</sup> Se trata de

<sup>7</sup> Para un análisis de los elementos que componen este derecho, Barona Vilar, Silvia, “Garantías y derechos de los detenidos”, *Derechos procesales fundamentales*, Madrid, CGPJ-Escuela Judicial, 2005, pp. 62 y ss.

una práctica que existe en muchos países y que en México sería muy útil en la medida en que, lamentablemente, las personas conocen escasamente sus derechos. La sanción en caso de que no se le diera “lectura” a los derechos sería la nulidad de todo lo actuado y la puesta en completa libertad del detenido.

En Estados Unidos existe una obligación de este tipo, pero su origen no se encuentra directa y claramente establecido en el texto de su Constitución, sino en un criterio jurisprudencial. Se trata del conocido caso “*Miranda versus Arizona*”, resuelto por la Suprema Corte de Estados Unidos en 1966.<sup>8</sup>

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

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

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

<sup>8</sup> La bibliografía sobre el caso *Miranda* es muy extensa; para una primera aproximación pueden verse las voces “*Miranda vs. Arizona*” y “*Miranda warnings*”, *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, 2a ed., Nueva York, Oxford University Press, 2005, pp. 641-645.

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

Al final la Corte le dio la razón a *Miranda*. La ponencia del caso fue del propio Warren, quien a nombre de una escasa mayoría de *justices* consideró que el interrogatorio policial sin presencia del abogado era contrario a la dignidad humana. Para preservar el derecho a no declarar contra uno mismo la policía debía poner en conocimiento de todo detenido la “advertencia Miranda” (*Miranda warning*), que es justamente la que tantas veces hemos visto en las películas norteamericanas. El *justice* Byron White consideró en su opinión disidente que esta sentencia permitiría que violadores y homicidas volvieran a la calle para seguir delinquiendo. No fue el caso de Ernesto Miranda, quien fue condenado en un segundo juicio por un tribunal que no tomó en cuenta su confesión ante la policía, pero al que le pareció que había suficiente evidencia para demostrar su culpabilidad.

En el periodo 2003-2004 de la Corte Suprema de Estados Unidos se presentó un caso que pudo haber echado abajo el precedente *Miranda*. Se trató del caso *Missouri vs. Seibert*, en el que se discutía si la policía podía interrogar a un detenido antes de darle a conocer la llamada “Miranda warning” y después de hacerlo; de esa manera la policía no podía utilizar la primera declaración pero tenía elementos para presionar al detenido para no desdecirse de lo que ya había confesado, aunque no tuviera valor legal. La táctica policial fue declarada inconstitucional por la Corte, pero por una ajustada votación de 5 a 4.<sup>9</sup>

La lectura de los derechos de las personas detenidas cobra todo su sentido cuando se toman en cuenta los siguientes datos: el 71% de los detenidos en el Distrito Federal no tuvo asistencia de abogado mientras estuvo privado de su libertad ante el Ministerio Público; del 30% que sí tuvo asistencia de abogado, la gran mayoría (70%) no pudo hablar con él a solas. Ya ante el juez que conoció de la acusación en su contra, el 60% de los detenidos no fueron informados de que tenían derecho a no declarar. Durante su declaración preparatoria ante la autoridad judicial uno de cada cuatro detenidos no estuvo asistido de abogado.<sup>10</sup> El 80% de los detenidos nunca ha-

<sup>9</sup> Greenhouse, Linda, “The year Rehnquist may have lost his court”, *The New York Times*, 5 de julio de 2004, p. A12.

<sup>10</sup> Zepeda Lecuona, Guillermo, *op. cit.*, nota 6, pp. 252 y 253.



bló con el juez que lo condenó; el juzgador no estuvo presente durante la declaración del detenido (ya en sede judicial) en el 71% de casos.<sup>11</sup>

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

La obligación de informar a las personas detenidas sobre sus derechos existe tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho comparado. Respecto de lo primero puede citarse, por ejemplo el párrafo 2 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece: “Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella”. Un precepto semejante se encuentra en el artículo 7, párrafo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

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

## VI. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR DETENCIONES INDEBIDAS

Una forma de “desestimular” la práctica de las detenciones indebidas o arbitrarias por parte de las autoridades puede darse a partir del establecimiento de una responsabilidad patrimonial a cargo del Estado. Se trataría de que cualquier persona que fuera víctima de una detención arbitraria recibiera una indemnización económica, con independencia de las responsabilidades penales, administrativas o civiles a que se hiciera acreedor la

<sup>11</sup> Bergman, Marcelo (coord.), *op. cit.*, nota 5, p. 47.

persona que llevó a cabo la detención indebidamente. Este tipo de responsabilidad quizá pueda desprenderse actualmente de lo que ordena el párrafo segundo del artículo 113 constitucional (referido en general a la responsabilidad patrimonial del Estado por actividades administrativas “irregulares”),<sup>12</sup> pero podría incluso ser objeto de una previsión específica en el propio artículo 16 constitucional.

La obligación de indemnizar a las víctimas de detenciones arbitrarias tiene fundamento en diversas normas del derecho internacional de los derechos humanos. Por ejemplo en el artículo 9, párrafo 5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dispone: “Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”.

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

## VII. LAS DETENCIONES ARBITRARIAS: ALGUNAS EVIDENCIAS EMPÍRICAS

Para dar sustento empírico a las propuestas que se acaban de realizar conviene advertir al lector que en México son frecuentes las detenciones arbitrarias y las violaciones de los derechos fundamentales de las personas detenidas mientras se encuentran a disposición policial. Las detenciones arbitrarias violan no solamente el artículo 16 constitucional por cuanto que se ubican fuera de cualquier supuesto normativo para privar de la libertad a una persona, sino también el artículo 11 de la propia carta magna que prevé la libertad de tránsito.

Es común que en las carreteras mexicanas o en algunas ciudades se ubiquen los llamados “retenes”, que son puestos de inspección y revisión en los que las autoridades militares o civiles (ya sean policías federales o locales, de tránsito o ministeriales) detienen un vehículo particular o de

<sup>12</sup> Fix Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, UNAM-Porrúa, 2005, pp. 193 y ss.

transporte público, hacen descender a sus tripulantes y revisan el interior del vehículo llegando incluso hasta el extremo de practicar revisiones corporales a las personas; en algunos casos se practican pruebas de medición de aliento etílico.

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

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

En sus conclusiones la Comisión establece:

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

Es importante señalar que, en el criterio de la Comisión, no importa que de la detención ilegal y arbitraria o de la revisión que efectúen los policías se desprenda que la persona está en posesión de algún elemento del delito (como por ejemplo alguna sustancia psicotrópica), ya que la vulneración de sus derechos se da desde el momento de la detención; la Recomendación General que se comenta, menciona: “En este contexto resulta irrele-

vante si, como consecuencia de la revisión corporal, los agentes de la Policía Judicial encuentran o no algún objeto del delito, pues la trasgresión a los derechos fundamentales y a las garantías constitucionales enunciadas, se consumó cuando se dio la detención sin fundamento legal”.

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

Por otro lado y de forma estrechamente relacionada con lo que se acaba de señalar, el tema de la libertad de tránsito y su vulneración a través de las detenciones arbitrarias en México han sido objeto de un interesante informe rendido ante la Comisión de Derechos Humanos de la ONU; se trata del “Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria acerca de su visita a México”, de fecha 17 de diciembre de 2002.<sup>13</sup>

En su informe el grupo de trabajo constata que las detenciones arbitrarias son “una de las principales violaciones de los derechos humanos” en México, hasta el grado de que, según la Comisión de los Derechos Humanos del Distrito Federal, una de cada diez detenciones realizadas por las autoridades es arbitraria. En parte, las detenciones arbitrarias se permiten, entre otras cuestiones, porque “la presunción de inocencia que no está expresamente establecida en la legislación” y por la figura ya mencionada de la llamada “flagrancia equiparada”, “que otorga una suerte de ‘cheque en blanco’ para detener a las personas”. Por todo ello el informe concluye: “La situación de impunidad de numerosos agentes en cuanto a las detenciones arbitrarias es algo no superado”.

El informe se detiene en el trato que el gobierno mexicano da a los migrantes de otros países que se encuentran en situación irregular. Sobre el punto, se afirma, por lo que hace a la estación migratoria, que el gobierno tiene en la delegación Iztapalapa de la Ciudad de México, que:

Los ciudadanos de países latinoamericanos suelen permanecer en la estación migratoria algunas semanas antes de ser devueltos a sus países de origen. La permanencia de nacionales de países de otras regiones suele ser más larga; algunos se encontraban allí desde hacía tres o cuatro meses por problemas logísticos y, en el caso de ciertas nacionalidades, por la ausencia de representación consular o diplomática en México, especialmente para determinar la verdadera nacionalidad.

<sup>13</sup> Figura en el documento E/CN.4/2003/8/Add.3.

Con respecto al cuarto de detención de inmigrantes irregulares que existe en las instalaciones del Aeropuerto de la Ciudad de México, el informe sostiene que “el Grupo de Trabajo pudo constatar que esta estación migratoria, más parecida a una sala de espera de un aeropuerto, es inadecuada para una permanencia mayor de un día, dadas las insuficiencias detectadas en las instalaciones: ausencia de camas o literas, duchas, cocinas, comedores, etcétera”.

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

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

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

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

Con este panorama se justifica plenamente que la Constitución contenga prevenciones muy estrictas para combatir la existencia de las detencio-

nes arbitrarias; algunas de ellas pueden ser las que hemos enumerado en los apartados anteriores.

### VIII. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y PRISIÓN PREVENTIVA

Un principio de libertad bien establecido en la Constitución debe precisar la presunción de inocencia y, en consecuencia, limitar de forma importante la posibilidad de la prisión preventiva. Sobre la presunción de inocencia Luigi Ferrajoli apunta:

Si es verdad que los derechos de los ciudadanos están amenazados no sólo por los delitos sino también por las penas arbitrarias, la presunción de inocencia no sólo es una garantía de *libertad* y de *verdad*, sino también una garantía de *seguridad* o si se quiere de *defensa social*: de esa “seguridad” específica ofrecida por el Estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de esa específica “defensa” que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo.<sup>14</sup>

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

Presunción de inocencia. El principio relativo se contiene de manera implícita en la Constitución federal. De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que

<sup>14</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6a. ed., Madrid, Trotta, 2004, p. 549.

acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar “los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado”; en el artículo 21, al disponer que “la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público”; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole “buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos”. En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, *a priori*, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado. Novena época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVI, agosto de 2002, Tesis: P. XXXV/2002, p. 14.

La restricción del uso de la prisión preventiva deriva del principio de presunción de inocencia, pero también de la idea iluminista, de acuerdo con la cual solamente se puede privar de la libertad de una persona por orden judicial, luego de seguido un juicio en el que se haya demostrado su culpabilidad. Como señala el mismo Ferrajoli: “El imputado debe comparecer *libre* ante sus jueces, no sólo porque así se asegura la dignidad del ciudadano presunto inocente, sino también por *necesidades procesales*: para que quede situado en pie de igualdad con la acusación; para que después del interrogatorio y antes del juicio pueda organizar eficazmente sus defensas; para que el acusador no pueda hacer trampas, construyendo acusaciones y manipulando las pruebas a sus espaldas”.<sup>15</sup>

Para que la presunción de inocencia y la minimización de la prisión preventiva sean efectivas, se deben encontrar fórmulas de redacción del texto constitucional que hagan que tales principios no queden sujetos al arbitrio del legislador, ya que con ello se estaría anulando el principio de suprema-

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 559.

cía constitucional. No haría falta decirlo, si no fuera porque ése es justamente el caso del artículo 20 constitucional, que deja a la ley la determinación de los “delitos graves”; las personas acusadas por esos delitos no tienen derecho a la libertad caucional y deben enfrentar el proceso penal en prisión.<sup>16</sup> Es decir, el artículo 20 permite la libertad caucional, pero traspasa al legislador la facultad de determinar los casos en los que se puede negar; ¿es ésta una fórmula adecuada para preservar la tutela constitucional de la libertad?, ¿o se está rebajando la supremacía constitucional y poniendo a un derecho fundamental —el de libertad, nada menos— en manos del legislador ordinario? Parece que este es un ejemplo del tipo de normas que debe evitar en el futuro el poder reformador de la Constitución.

Habría que disponer, en consecuencia, las hipótesis en que la libertad caucional puede ser negada, bajo estándares normativos establecidos y precisados directamente por la Constitución. De la misma forma, serviría tener una previsión que *explícitamente* recogiera el principio de presunción de inocencia, el cual se proyectaría no sólo al tema de la prisión preventiva sino al del proceso penal en su conjunto.

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

En el mismo sentido, el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

<sup>16</sup> También el artículo 18 constitucional se refiere a la prisión preventiva, la cual —señala este precepto— sólo se podrá decretar “por delito que merezca pena corporal; los que se encuentren en prisión preventiva permanecerán separados de quienes ya han sido sentenciados”. Desde luego, tales disposiciones forman parte del amplio elenco de normas constitucionales que tienen escasa aplicación.



## IX. RESERVA DE CÓDIGO PENAL

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

Esta *reserva de código* habría de suponer que todas las normas en materia de delitos, penas y procesos deberían contenerse en el código penal o en el procesal y no podría introducirse ninguna si no es mediante la correspondiente reforma de uno u otro, que tendría que aprobarse por procedimientos legislativos agravados. Se trata de una medida indispensable para devolver la credibilidad al derecho penal y restituirle su naturaleza de *extrema ratio*. Una nueva codificación informada en el principio “todo lo penal en los códigos, nada fuera de los códigos”, por más compleja y voluminosa que pudiera resultar, siempre lo sería incomparablemente menos que el actual cúmulo de leyes especiales; aunque sólo fuera porque la prohibición de la dispersión en materia de legislación penal constreñiría al legislador a hacerse cargo de la unidad y de la coherencia del conjunto, al legislar en la materia. Por lo demás, puesto que el derecho penal incide en la libertad de los ciudadanos, tiene una relevancia cuasi-constitucional, y no resulta tolerable que quede cotidianamente expuesto a los humores contingentes de las mayorías de gobierno y a la eventual producción de nuevas emergencias.<sup>17</sup>

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

<sup>17</sup> “Jurisdicción y democracia”, en Carbonell, Miguel, Fix-Fierro, Héctor y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, México, UNAM-Porrúa, 2004, p. 112.

dice, “para que tenga dientes”, olvidando de esa forma los principios del derecho penal mínimo.

La reserva de Código Penal tendría, en síntesis, el doble efecto de obligar al legislador a sistematizar las disposiciones penales dentro de un único cuerpo normativo, impediría su fácil reforma y permitiría lograr una regulación penal mucho más adecuada al principio de proporcionalidad,<sup>18</sup> pues estando todos los tipos penales y sus sanciones en un único ordenamiento sería mucho más obvio el hacer la comparación para determinar si existe o no proporcionalidad en dichas disposiciones.

<sup>18</sup> Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM-Porrúa, CNDH, 2005, pp. 685 y ss.