

CAPÍTULO SEGUNDO

LAS REFORMAS A LOS ARTÍCULOS 16 Y 19 DE LA CONSTITUCIÓN*

I. INTRODUCCIÓN

Antes de iniciar el análisis de las modificaciones recientes a los artículos 16 y 19 de la Constitución Política, es conveniente señalar cuáles son las orientaciones generales de todo el conjunto de reformas efectuadas a tales preceptos, así como a los artículos 18, 19, 20, 21 y 22 de la propia Constitución, entre otros.¹ Estas modificaciones se ubican dentro de las orientaciones de las reformas al proceso penal que se han llevado a cabo en varios países de América Latina, particularmente en Chile, Colombia, Costa Rica y Guatemala, bajo los auspicios del Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y la

* Este capítulo se basa en las ideas expuestas en la conferencia impartida el 24 de abril de 2008, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, dentro de las IX Jornadas sobre Justicia Penal: la reforma constitucional sobre justicia penal y seguridad pública.

³¹ El decreto de reformas y adiciones a los diversos preceptos de la Constitución fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 18 de junio de 2008.

Agencia del Gobierno Norteamericano para el Desarrollo Internacional (USAID).³²

En nuestro país, la USAID financia lo que se denomina el Programa de Apoyo al Estado de Derecho en México (Proderecho), entidad que de manera expresa reconoce que apoyó la reforma constitucional al proceso penal. En el sitio de Internet de este programa (www.proderecho.com) se expresa que tal programa está financiado por la “Agencia de Asistencia para el Desarrollo Internacional de los Estados Unidos” (USAID) y que es operado por la empresa *Management Sciences for Development, Inc.* En este sitio se proporciona información detallada de las reformas al proceso penal efectuadas en los estados de Chihuahua, México, Nuevo León, Oaxaca, entre otros.

³² Peter DESHAZO y Juan Enrique VARGAS afirman que de 1995 a 2005 las entidades mencionadas “aportaron cerca de mil millones de dólares en concepto de ayuda financiera para las iniciativas de reforma del sistema de administración de justicia”. Cfr. “Evaluación de la reforma judicial en América Latina”, en el sitio de Internet www.cejamericas.org/doc/proyectos/JudicialReforminLatinAmericaSPANISH_final.pdf. Sobre los procesos de reforma en América Latina, véase también RIEGO, Cristian, “Seguimiento de los procesos de reforma judicial en América Latina”, *Sistemas Judiciales*, Santiago de Chile, año 4, núm. 8, 2005. Para un análisis de la reforma procesal penal en cada uno de los países en particular, pueden consultarse las siguientes obras: DUCE J., Mauricio y RIEGO, Cristian, *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 2002; VARGAS, Juan Enrique, “La reforma procesal penal chilena: evolución y resultados”, *Bien Común*, México, año XI, núm. 122, febrero de 2005; CRUZ CASTRO, Fernando, “El claroscuro de la seguridad ciudadana en Costa Rica; sus deficiencias históricas y las disfunciones de la reforma del proceso penal”, *Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, San José, año 12, núm. 18, noviembre de 2000; PUENTES TORRADO, Jaime Enrique “Reforma al proceso penal; del rito de la escritura al rito de la oralidad en el proceso penal colombiano”, *Temas socio-jurídicos*, Bucaramanga, Colombia, vol. 22, núm. 46, julio de 2004.

Es muy significativo que las orientaciones del decreto de reformas constitucionales aprobadas por el Congreso de la Unión coincidan, en muy buena medida, con las de las reformas llevadas a cabo en los países de América Latina y en los estados de la República mencionados. Hay también una coincidencia en el diagnóstico del proceso penal mexicano que se hizo en el seno de la Cámara de Diputados y en el que da a conocer Proderecho en su página de Internet. En los dictámenes presentados el 10 de diciembre de 2007 por las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados, se señala que, después de intensas discusiones e intercambios de opinión,

...la conclusión fue una propuesta de reforma constitucional de consenso que intenta recabar las principales coincidencias y preocupaciones de cada uno de los involucrados (así denominan a los diversos diputados que presentaron iniciativas en esta materia), a fin de impulsar un cambio estructural en nuestro sistema penal, *migrando del actual modelo de tipo mixto preponderantemente inquisitivo, a uno garantista de corte acusatorio y oral.*³³

En el sitio de Internet de Proderecho, a la pregunta, ¿en qué consiste la reforma que apoya esa entidad? se responde:

El actual sistema de justicia que existe en México, consiste en un modelo inquisitivo, lo que se refiere a que no hay una clara diferencia en las funciones de las personas que participan en el proceso (jueces, ministerios públicos, policía, etc.); el proceso

³³ El dictamen fue publicado en la *Gaceta Parlamentaria*, Cámara de Diputados, número 2401-VIII, martes 11 de diciembre de 2007. Su texto puede consultarse en el sitio de Internet <http://www.gaceta.diputados.gob.mx/>.

es muy lento, parte de la presunción de culpabilidad del acusado y toda la información que se utiliza para resolver el caso (testimonios, pruebas, argumentos, etc.) se presenta en forma escrita y ésta no se encuentra disponible para el conocimiento público, por lo que las sentencias que dictan los jueces suelen ser poco transparentes y la sociedad duda de su certeza.

Es evidente que los diagnósticos de las comisiones de la Cámara de Diputados y de Proderecho son erróneos, y que es muy probable que hayan aplicado en México el diagnóstico que correspondió a Chile. En ese país, antes de que se iniciara el proceso de reformas a partir de 1995, sí existía un sistema inquisitivo, en el cual los jueces de instrucción tenían a su cargo tanto la función de recabar las pruebas y acusar al inculpado, como la de emitir la sentencia en la que se determinaba si se probó o no el hecho delictivo y la responsabilidad del inculpado. Había una confusión de las funciones de acusar y de juzgar en un solo órgano. Uno de los objetivos fundamentales de la reforma procesal penal chilena fue crear la institución del Ministerio Público, que no existía hasta entonces, a fin de separar las funciones de acusar, que se le otorgó a dicha institución, y la de juzgar, que se atribuyó a un juez ajeno a la investigación del delito.³⁴

En nuestro país efectivamente hubo un sistema inquisitivo, pero eso fue durante el siglo XIX, cuando existió el juez de instrucción, con funciones muy similares a las del juez que hubo en Chile hasta 1995. En el artículo 21 de Constitución política de 1917 quedaron claramente deslindadas las funciones de

³⁴ Cfr. RIEGO, Cristian, "El proceso de reforma del procedimiento penal chileno", *Revista Sistemas Judiciales*, 2004, pp. 375- 388. Esta revista fue consultada en el sitio de Internet del Centro de Estudios de Justicia de las Américas <http://www.cejamericas.org>.

acusar, que compete al Ministerio Público (institución que existió en México desde mediados del siglo XIX, pero se empezó a fortalecer desde 1900), de la de juzgar, que desde 1917 ejerce un juez que es completamente ajeno a la investigación del delito y a la obtención de las pruebas para acusar al inculpado. De modo que los diagnósticos tanto de la Cámara de Diputados como de Proderecho carecen de fundamento, cuando menos desde 1917.

Por otra parte, tales diagnósticos desconocen las aportaciones que han hecho tanto la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia como la doctrina mexicana para defender y consolidar los derechos del inculpado en el proceso penal y para reconocer la vigencia del principio de presunción de inocencia, el cual está previsto expresamente en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, y la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, los que han sido aprobados y ratificados por los órganos competentes del Estado mexicano, por lo que forman parte del derecho vigente en nuestro país, de acuerdo con lo que dispone el artículo 133 de la Constitución política.

Por una extraña coincidencia, el modelo que apoya Proderecho y que ha sido aprobado para nuestro país es el modelo norteamericano, en el cual solo el 5% de los procesos penales se llevan a cabo en forma oral ante un jurado, mientras que el 95% se resuelve fuera del proceso penal, a través de las presiones que ejerce el fiscal sobre el inculpado para que se declare culpable (*plea bargaining*).³⁵ Esta institución ha sido introducida en el artículo 20, apartado A, fracción VII, en la que se prevé en que si el imputado reconoce ante la autoridad ju-

³⁵ Cfr. RUIZ TORRES, Humberto, "Cinco tesis acerca de la implantación de la justicia oral en México", *Ars Auris*, México, núm. 38, 2007, p. 191.

dicial, voluntariamente y con conocimiento de sus consecuencias, su participación en la comisión del delito y existan medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia; así como que la ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad.

Como se expresó en el capítulo primero, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo señalaba que entre las instituciones consagradas por la práctica de la justicia penal norteamericana, “ya de por sí bastante desacreditada como para beneficiarse en algo con el auxilio de tan lamentables coadyuvantes”, se encuentran el *plea bargaining* (declaración de culpabilidad negociada) y el *privileged witness* (testigo protegido). Este autor criticó el *plea bargaining*, del cual decía que consistía en el “tira y afloja entre el fiscal, el defensor y el acusado, para que éste se declare culpable; y si se ponen de acuerdo, se imputa al último un delito de menor importancia que el cometido en realidad y se le condena por el mismo”. El procesalista español agregaba que “esta figura presenta semejanzas con el *allanamiento* de otras legislaciones; pero éste opera con un decoro procesal de que carece en absoluto el lamentable chalaneo estadounidense, propenso a todo género de contubernios”.³⁶

En fecha más reciente, Jesús Zamora Pierce ha señalado los grandes riesgos que trae consigo la adopción de la institución norteamericana del *plea bargaining*. De acuerdo con este autor, el triunfo del *plea bargaining* en los Estados Unidos de América se explica porque favorece los intereses de todas las partes en el proceso, salvo los del acusado, el cual se enfrenta, simultáneamente, a un fiscal que le exige que se declare

³⁶ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Cuestiones de terminología procesal*, México, UNAM, *cit.*, nota 1, pp. 58 y 59, cursivas nuestras.

culpable, a un defensor de oficio que afirma que, en efecto, esto es lo que más le conviene y a un juez que plantea al acusado que si no se declara culpable le impondrá una grave sanción. En los casos raros, excepcionales, en los que el inculpado se atreve a declararse inocente y a pedir que se le otorgue el juicio que la Constitución dice garantizarle, suele ser considerado como un enemigo del sistema, por lo que el fiscal lo acusa por los más graves cargos, el juez lo envía a prisión preventiva por largos plazos, mientras el inculpado “espera a que el juzgado tenga tiempo para atender ese raro fenómeno: un juicio penal”.³⁷

El modelo que ahora están importando los autores de las reformas no parece ser un modelo de justicia penal, sino de injusticia institucional, en el que el derecho al proceso penal solo se concede a un porcentaje mínimo de los procesados, mientras que la enorme mayoría queda a merced de las presiones ejercidas por el Ministerio Público, la autoridad judicial y posiblemente el defensor. Con razón, Zamora Pierce advierte que en México tenemos un sistema de justicia penal que no es perfecto, pero que resuelve la totalidad de los casos que se le presentan; el sistema que se ha decidido importar solo sujeta a proceso al 5% de los inculpados y no atiende criterios de justicia sino a una cadena de producción, misma que resulta en la condena de numerosos inocentes.³⁸ En compensación, el artículo 20 reformado establece las bases para un proceso penal acusatorio, oral, público, y regido por el principio de contradicción, lo cual puede resultar un avance, solo que limitado a los muy pocos procesados que se nieguen a declararse culpables.

³⁷ ZAMORA PIERCE, Jesús, “Negociación de la justicia penal” *La Barra, Revista de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, cit.*, nota 2, pp. 17-19.

³⁸ *Ibidem*, p. 19.

Conviene advertir que las reformas a los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero, y 19 de la Constitución entrarán en vigor, de acuerdo con lo que establece el artículo segundo transitorio del Decreto del 18 de junio de 2008, cuando la legislación ordinaria (no “secundaria”, como dice el transitorio mencionado) establezca el sistema procesal penal “acusatorio” previsto en esos y otros artículos reformados, lo cual deberán hacer la Federación y las entidades federativas en un plazo que no debe exceder de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación del Decreto mencionado. De manera que hay una amplia *vacatio legis*, dentro de la cual se debe reflexionar si conviene realmente mantener en vigor una reforma con tantas deficiencias o si deben hacer las modificaciones necesarias para adecuar esa reforma a nuestra tradición constitucional liberal y democrática y a nuestra cultura jurídica.

Por otro lado, el artículo tercero transitorio del Decreto en cuestión dispone que en aquellas entidades en las que ya se hubiera establecido el sistema penal “acusatorio” previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero, y 19, entre otros, tal decreto entrará en vigor al día siguiente de la publicación del decreto en el *Diario Oficial de la Federación*. El mismo transitorio declara “plenamente válidas las actuaciones procesales que se hubieren practicado con fundamento en tales ordenamientos, independientemente de la fecha en que éstos entraron en vigor”. Esta es una confesión expresa de los autores del proyecto de que las reformas que prepararon para algunas entidades federativas, como es el caso del estado de Chihuahua, violaron diversas disposiciones de la Constitución federal, tal como estaba vigente en la fecha en que entraron en vigor; y ahora que su proyecto ha sido llevado a la Constitución federal pretenden declarar válidas actuaciones realizadas con anterioridad, dando al decreto del 28 de junio de 2008

evidentes efectos retroactivos, en contra de lo que establece el artículo 14 de la propia Constitución federal. Primero hicieron reformas procesales penales en algunas entidades federativas que eran claramente inconstitucionales; ahora reforman la Constitución federal para constitucionalizar tales reformas.

II. EL ARTÍCULO 16

Este artículo se modifica para reducir los requisitos de la orden de aprehensión; limitar los supuestos de flagrancia; constitucionalizar el arraigo para los casos de delincuencia organizada; definir qué se entiende por esta última; ampliar los supuestos autorizados de interceptación o intervención de comunicaciones privadas, así como introducir los jueces de control.

De las reformas mencionadas, las concernientes a la orden judicial de aprehensión (párrafo segundo) y a los jueces de control (párrafo décimotercero) entrarán en vigor cuando la legislación ordinaria, ya sea de la Federación o de las entidades federativas, las establezcan. Las demás reformas entraron en vigor el 19 de junio de 2008, conforme a lo que dispone los artículos primero y segundo transitorios en el decreto en cuestión.

1. *La orden judicial de aprehensión*

En el dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados del 10 de diciembre de 2007, se propone reducir el nivel de prueba necesario para la emisión de la orden de aprehensión, para lo cual se suprimen los requisitos del *cuerpo del delito* y la *probable responsabilidad*. La expresión cuerpo del delito fue introducida en el artículo 19 de la Constitución de 1917, como un requisi-

to para que pudiera expedirse el auto de formal prisión. No se previó originalmente en el artículo 16 para la orden judicial de aprehensión, lo que motivó que la Suprema Corte de Justicia de la Nación considerara que para dictar la orden de aprehensión no era requisito que se acreditara el cuerpo del delito.³⁹ Era la época en la que se decía que un vaso de agua y una orden judicial de aprehensión a nadie se le niega. A pesar de que el texto original del artículo 16 no se refería al cuerpo del delito, sí se exigía que la orden judicial de aprehensión estuviese precedida de denuncia o querrela de un hecho determinado que la ley castigara con pena privativa de la libertad, que estuviese apoyada por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hicieran probable la responsabilidad del inculpado.

En la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de septiembre 1993 se estableció como requisito para que pudiera librarse la orden judicial de aprehensión el que en la averiguación previa existieran datos que acreditaran los *elementos que integran el tipo penal*. Por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 8 de marzo de 1999 se reformó el párrafo segundo del artículo 16 de la Constitución, para sustituir el requisito de los elementos del tipo penal, por el del *cuerpo del delito*. De acuerdo con el texto reformado del artículo 16, para que pueda librarse la orden judicial de aprehensión se requiere, entre otras cosas, que existan datos que acrediten tanto el cuerpo del delito como la probable responsabilidad del indiciado.

³⁹ En este sentido, véase las tesis aisladas del Pleno y de la entonces Primera Sala, ambas con el rubro ORDEN DE APREHENSIÓN, *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. XIX, p. 1102, registro 282,869; y t. LXXVII, p. 1805, registro 307,254.

Con anterioridad a la reforma de 1993, la Suprema Corte de Justicia había definido al cuerpo del delito, siguiendo las ideas de Ortolan, como el “conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal”.⁴⁰ Por su parte el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, conforme a la reforma publicada el 18 de mayo de 1999, define al cuerpo del delito en los siguientes términos “Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito, así como los normativos en el caso de que la descripción típica lo requiera”.

En el texto reformado por el Decreto el 18 de junio de 2008 se suprimen los requisitos del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad. En su lugar, el párrafo reformado señala que para que se pueda librar la orden judicial de aprehensión se requiere sólo que “obren datos que establezcan que se ha cometido” el hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad, “y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”. Frente al concepto de cuerpo del delito, que otorga a los justiciables la seguridad jurídica de que no se procederá contra ellos si no

⁴⁰ Tesis de jurisprudencia 81 del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985*, 2a. parte, p. 183, “CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DE”. En virtud de las reformas de 1993 y 1999 al artículo 16 de la Constitución, esta tesis aparece como histórica en el *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. II, pp. 678-679, tesis 66 (H). Para ORTOLAN, “le corps du délit n’est autre chose que le ensemble des éléments physiques, des éléments matériels dont se compose le délit. De même q’il n’y a pas d’homme sans des deux éléments physiques et des éléments moraux: ce sont les premières, dans tout leur ensemble, qui se nomment corps du délit”. ORTOLAN, J., *Éléments de droit pénal*, 5a. ed., París, Librairie Plon, 1886, t. I, pp. 543 y 544.

hay datos que acrediten o prueben el conjunto de elementos objetivo o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos en el caso de que la descripción típica lo requiriera, el nuevo texto elude hablar de prueba y de requisitos específicos que deban ser probados para que pueda librarse la orden judicial de aprehensión. En vez de acreditar el cuerpo del delito, el texto exige sólo que obren datos que establezca que se ha cometido el hecho delictivo, es decir, la reforma no sólo reduce lo que llama *estándar de prueba*, sino que prácticamente elimina cualquier requerimiento de prueba, al señalar que sólo deben haber *datos que establezcan*, y no que prueben o acrediten, que se ha cometido el hecho delictivo, sin indicar qué elementos del hecho delictivo deben quedar “establecidos” por tales datos.

Por otro lado, el texto anterior del párrafo segundo del artículo 16 exige que existan datos que hagan probable la responsabilidad del indiciado, es decir, que tales datos sean suficientes para hacer verosímil, razonablemente creíble, la participación del inculpado en la comisión del delito. La misma palabra indiciado designa a la persona a la que los indicios señalan como probable responsable de la comisión del delito. El tercer párrafo el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales dispone que “la probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los *medios probatorios* existentes, se deduzca su participación en el delito y no exista a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad” (cursivas nuestras). El concepto de probable responsable requiere de pruebas o cuando menos indicios que permitan afirmar que la persona contra la cual se gira la orden judicial de aprehensión participó en el hecho delictivo.

En el texto reformado del párrafo segundo del artículo 16 constitucional la prueba de la probable responsabilidad del indiciado se sustituye por los simples datos que establezcan “que exista la probabilidad de que el indiciado” cometió el hecho delictivo o participó en su comisión. No se requieren pruebas ni siquiera indicios, sino solo datos, pero no para que acrediten la probable responsabilidad del indiciado, sino simplemente que *exista la probabilidad* de que el indiciado haya cometido el hecho delictivo: es decir, prácticamente la probable responsabilidad se convierte en el texto reformado en la simple existencia de la posibilidad de que el inculpado haya participado en el hecho delictivo.

Es evidente que con la supresión del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad se va a facilitar enormemente el libramiento de las órdenes judiciales de aprehensión; pero también es claro que el texto reformado no ofrece ninguna seguridad jurídica para que tales órdenes no sean libradas en contra de personas que no hayan participado en la comisión de los supuestos hechos delictivos.

2. La *flagrancia*

El texto anterior del párrafo cuarto del artículo 16 prevía que en los casos de delito flagrante cualquier persona puede detener al indiciado, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata, y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. En los dictámenes de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados del 10 de diciembre de 2007, se afirma que

...se juzga adecuado explicitar el concepto de *flagrancia* señalando su alcance, que comprendería desde el momento de la

comisión del delito, es decir, el *iter criminis*, hasta el periodo inmediato posterior en que haya persecución física del involucrado. Consecuentemente, el objetivo es limitar la flagrancia hasta lo que doctrinariamente se conoce como “cuasiflagrancia”, cerrar la puerta a posibles excesos legislativos, que han creado la flagrancia equiparada, que no es conforme con el alcance internacionalmente reconocido de esta figura.

Por este motivo, el párrafo cuarto del artículo 16 se modificó para quedar en los siguientes términos: “Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en el que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención”.

En el derecho procesal penal mexicano se distinguían tres supuestos en los que procede la detención en flagrante delito: a) la *flagrancia en sentido estricto*, que ocurre cuando el indiciado es sorprendido en el momento en que está cometiendo el delito; b) la *cuasiflagrancia*, que se manifiesta cuando inmediatamente después de ejecutado el hecho delictuoso, el indiciado es perseguido materialmente, y c) la *presunción de flagrancia*, que se actualizaba cuando el inculpado era señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere participado con el inculpado en la comisión del delito, o se encontraba en su poder el objeto, instrumento o instrumentos del delito, o bien aparecieran huellas o indicios que hicieran presumir fundadamente su intervención en la comisión del delito; siempre y cuando se tratara de un delito grave, así calificado por la ley, no hubiera transcurrido un plazo de cuarenta y ocho horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se hubiera iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiera interrumpido la persecución del deli-

to (artículos 193 del Código Federal de Procedimientos Penales y 267 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal).⁴¹

Para suprimir la hipótesis de la llamada *presunción de flagrancia* no era necesario modificar el texto del párrafo cuarto del artículo 16, el cual se refería en forma genérica a los casos de delito flagrante, sino que habría bastado con una reforma a las leyes ordinarias.

3. El arraigo

El artículo 16 de la Constitución establecía que la privación de la libertad por causa penal debía fundarse, por regla general, en una orden judicial de aprehensión, y sólo por excepción en la flagrancia o en una orden ministerial de detención.⁴² En contra de lo que disponía este precepto constitucional, en varios códigos procesales penales y leyes ordinarias se introdujo una medida a la que se ha llamado *arraigo*, pero que no es realmente un arraigo, pues no se limita a ordenar a una persona que no se ausente del lugar sin dejar apoderado debidamente instruido y expensado, sino que se traduce en la reclusión del indiciado en cuartos de hoteles, casas de seguridad o centros de detención, con permanente vigilancia de la autoridad. Se trata una forma de privación de la libertad que no sólo no estaba prevista en el artículo 16 de la Constitución, sino que era contraria a las reglas y a los fines de este precepto,

⁴¹ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, 5a. ed., México, Porrúa, 1989, pp. 465 y 466.

⁴² Cfr. ZAMORA PIERCE, Jesús, *Garantías y proceso penal*, 7a. ed., México, Porrúa, 1994, pp. 12 y ss., y OVALLE FAVELA, José, *Garantías constitucionales del proceso*, México, Oxford University Press, 2007, p. 129.

como lo reconoció expresamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación.⁴³

Para que el arraigo ya no sea anticonstitucional, los autores de la reforma lo han introducido en el artículo 16 constitucional, afectando severamente la garantía de libertad personal que este precepto consagraba. El párrafo séptimo del artículo 16, adicionado por el Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 18 de junio de 2008, faculta a la autoridad judicial para que, a petición del Ministerio Público, decrete el arraigo de una persona hasta por 40 días, plazo que se puede prorrogar hasta alcanzar 80 días. El mismo párrafo señala que el arraigo procederá “tratándose de delitos de delincuencia organizada”. Sin embargo, el párrafo siguiente da una definición sumamente vaga e imprecisa de delincuencia organizada, en la que probablemente se podrá ubicar a indiciados que no formen parte en sentido estricto del crimen organizado, para el solo fin de que se les decrete el arraigo. El párrafo octavo expresa: “Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia”.

Esta definición difiere de la que contiene el artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada: “Cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada...”.

⁴³ Cfr. tesis aislada P. XXII/2006, “ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULOS 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1170.

¿Qué sentido tiene incorporar en la Constitución una definición de delincuencia organizada, que acaba remitiendo a otra definición contenida en una ley ordinaria, con la que además no coincide?, ¿no habría bastado con remitir directamente a la “ley de la materia”?

Por otro lado, es claro que la constitucionalización del arraigo aleja por completo al proceso penal del sistema acusatorio y lo ubica más bien dentro del proceso penal autoritario, pues rompe con la tendencia reiterada en las diversas Constituciones que han estado vigentes en nuestro país, para reducir la detención preventiva a un breve plazo (tres días o setenta y dos horas, prorrogables por el mismo tiempo, sólo a petición del indiciado). Un arraigo hasta por 80 días, que en la práctica tiene los mismos efectos de la detención preventiva, constituye, sin duda, una excesiva privación de la libertad que es contraria no sólo a la tradición constitucional mexicana, sino a los tratados internacionales sobre derechos humanos que nuestro país ha firmado y ratificado en los términos previstos en el artículo 133 de la Constitución Política, como es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo artículo 7.5 dispone:

Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

4. *La intervención de las comunicaciones privadas*

En 1996 se adicionaron los entonces párrafos noveno y décimo al artículo 16, para establecer, como regla general, el ca-

rácter inviolable de cualquier tipo de comunicación privada, pero también para facultar a la autoridad judicial federal para autorizar la intervención de cualquier comunicación privada, a solicitud de la autoridad federal que faculte la ley o el *titular del Ministerio Público de la entidad federativa* correspondiente. El problema fundamental de la reforma de 1996 es que no precisó en qué tipo de asuntos y bajo cuáles condiciones la autoridad judicial federal podrá autorizar o denegar la intervención de las comunicaciones privadas. En vez de ello, el texto adicionado se limitó a señalar decir en cuáles materias no se pueden otorgar las autorizaciones: “cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor”. Esta exclusión de materias es una forma de eludir la precisión, que tiene, además, el riesgo de omitir materias.

El Decreto del 18 de junio de 2008 no soluciona ninguno de estos problemas, sino que se limita a agregar una excepción más al carácter inviolable de las comunicaciones privadas. A la frase contenida en el actual párrafo décimo primero, que reitera que la ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las comunicaciones privadas, se agrega “excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas”. Es claro que las comunicaciones privadas se establecen, cuando menos, entre dos particulares, por lo que la privacidad de la comunicación debe proteger a ambos. El consentimiento de uno solo de los particulares únicamente puede autorizar a utilizar las palabras del que otorga el consentimiento. Sin embargo, el decreto parece autorizar el uso de toda la comunicación privada, incluyendo las palabras del particular que no otorgó su consentimiento. Se trata, de nueva cuenta, de una modificación que se orienta ha-

cia un proceso penal autoritario, pues reduce considerablemente la libertad y la privacidad de las comunicaciones privadas.

5. *Los jueces de control*

En los dictámenes de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia del 10 de diciembre de 2007 se afirma que se propone “establecer jueces federales y locales, denominados de control, que se aboquen fundamentalmente a resolver los pedimentos ministeriales de medidas cautelares, providencias precautorias, técnicas de investigación para resolverlos de forma inmediata, para minimizar los riesgos de la demora en la ejecución de la diligencia”. De las tres tareas que se enuncian en forma tan escueta en los dictámenes, se advierte que las medidas cautelares y las providencias precautorias son exactamente la misma cosa, y que resulta muy extraño que el Ministerio Público tenga que someter a la aprobación del llamado *juez de control* las *técnicas de investigación*. No se aclara si la aprobación deba ser en cada averiguación previa o si el juez tendrá que aprobar al Ministerio Público un *Manual general de técnicas de investigación*, para que lo pueda aplicar en todas las averiguaciones previas de que conozca.

Cualquiera supondría que el Ministerio Público y “las policías”, a las que refiere también en forma muy ambigua el artículo 21 constitucional reformado por el mismo Decreto del 18 de junio de 2008, pueden utilizar las técnicas de investigación que resulten más adecuadas, siempre y cuando respeten los derechos fundamentales previstos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre esta materia.

El texto aprobado del párrafo décimo tercero del artículo 16 reitera estas dos funciones de los jueces de control, pero agrega otras circunstancias:

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.

De acuerdo con el texto transcrito, los jueces de control deberán resolver las solicitudes del Ministerio Público *de inmediato y por cualquier medio*. Si el juez de control tiene que resolver de inmediato, es poco probable que en sus resoluciones pueda garantizar los derechos de los indiciados y de las víctimas y ofendidos. Pero es todavía más grave que el juez pueda resolver por cualquier medio.

En algo que parecía un maratón de ocurrencias, más que de propuestas fundadas, a un grupo de diputados le pareció que el Ministerio Público debería estar facultado para “solicitar oralmente órdenes de aprehensión, intervención de comunicaciones privadas y otros instrumentos de investigación que requieran autorización judicial, en audiencias secretas y obtener una respuesta inmediata”.⁴⁴

Lamentablemente el texto aprobado parece permitir que no sólo las solicitudes del Ministerio Público sobre medidas cautelares, tales como la orden de aprehensión y la orden de cateo, sean *orales*, sino que también tengan este carácter las demás resoluciones que dicte el juez de control. De aceptarse esta in-

⁴⁴ La iniciativa fue presentada por los diputados Javier GONZÁLEZ GARZA, Raymundo CÁRDENAS HERNÁNDEZ, Ricardo CANTÚ GARZA, Jaime CERVANTES RIVERA, Alejandro CHANONA BURGUETE y Layda SANSORES SAN ROMÁN.

terpretación, nuestro país estaría retrocediendo varios siglos y se perdería por completo la seguridad jurídica que ofrece el hecho de que este tipo de actos deba constar en un mandamiento escrito, en el que se funde y motive la causa legal del procedimiento, como lo dispuso desde 1857 el artículo 16. Habría que recordar que en el Congreso Constituyente de 1856-1857, Ponciano Arriaga afirmó que el propósito del proyecto original del artículo 16 era “evitar la manera bárbara y salvaje con que en México se hacen las prisiones, esa especie de furor canino con que toda clase de autoridades maltratan y atropellan a los ciudadanos”.⁴⁵

Si se pudieran expedir órdenes de aprehensión y de cateo orales, se perdería toda seguridad jurídica y nadie estaría a salvo de ese *furor canino* al que se refería Arriaga. El mandamiento escrito ha sido uno de los principales instrumentos para combatir la arbitrariedad y es la única forma con la que se puede cumplir con la garantía de fundamentación y motivación; su supresión equivaldría a abrir las puertas a la arbitrariedad, derogar la garantía de fundamentación y motivación y prácticamente abolir el Estado de derecho.

Por estas razones, estimamos que la interpretación que debe darse a la expresión *por cualquier medio* tiene que ser acorde con el principio de legalidad previsto en el párrafo primero del artículo 16 constitucional: el único medio a través del cual el llamado *juez de control* puede resolver las solicitudes del Ministerio Público, es el del mandamiento escrito, en el que se funde y motive la causa legal del procedimiento.

⁴⁵ Cfr. ZARCO, Francisco, *Crónica del Congreso Extraordinario Constituyente (1856-1857)*, México, El Colegio de México, 1957, p. 263.

III. EL ARTÍCULO 19

Las modificaciones a este precepto constitucional consisten básicamente en que se cambia el nombre del auto de formal prisión, para llamarlo auto de vinculación a proceso, y se establecen nuevas bases para regular la prisión preventiva. Estas reformas entrarán en vigor hasta que la legislación ordinaria, ya sea de la Federación o de las entidades federativas, establezca el sistema procesal “penal” previsto en el Decreto del 18 de junio de 2008, conforme lo dispone su artículo segundo transitorio.

1. *El auto de vinculación a proceso*

En el dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia del 10 de diciembre de 2007 se pretende justificar el cambio de denominación en los siguientes términos:

En esta reforma se modifica el nombre del tradicional auto de sujeción a proceso para sustituirlo por el de auto de vinculación a proceso. La idea de sujeción denota justamente una coacción que por lo general lleva aparejada una afectación de derechos; en cambio, vinculación únicamente se refiere a la información formal que el ministerio público realiza al indiciado para los efectos de que conozca puntualmente los motivos por los que se sigue una investigación y para que el juez intervenga para controlar actuaciones que pudiera derivar en la afectación de un derecho fundamental...

El primer error en que incurre el dictamen consiste en que el llamado auto de vinculación no sustituye sólo al auto de sujeción a proceso, sino sobre todo al auto de formal prisión, al

que no hace ninguna referencia. En sentido estricto, el auto tradicional y de mayor relevancia práctica es el auto de formal prisión, el cual fue regulado desde la Constitución de 1917, en tanto que el auto de sujeción a proceso se introdujo en el artículo 19 de la Constitución hasta la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de septiembre de 1993, si bien ya se encontraba previsto con anterioridad en los códigos de procedimientos penales. El auto de formal prisión se dicta cuando el delito por el que se va a seguir el proceso tiene señalada una pena privativa de libertad; el de sujeción a proceso, cuando la pena no es privativa de libertad o es alternativa.

Si bien es cierto que la expresión auto de formal prisión no comprende todas las funciones procesales que tiene dicho auto, por lo que resulta inadecuado, al momento de decidir su sustitución habría resultado preferible utilizar expresiones que forman parte de la cultura jurídica mexicana, tales como auto de sujeción a proceso o bien la denominación española de auto de procesamiento.⁴⁶

La palabra vinculación, además de ser completamente ajena al proceso penal mexicano, carece del significado que el dictamen pretende atribuirle. En el *Diccionario de la lengua española* se señala que vinculación es acción y efecto de vincular o vincularse; y que vincular, en el derecho, quiere decir “sujetar o gravar los bienes a vínculo para perpetuarlos en empleo o familia determinados por el fundador”, así como “asegurar, atar con prisiones”.⁴⁷ En consecuencia, la expresión auto de vinculación está muy lejos de tener el significado que los autores de la reforma pretenden darle y su utilización para sustituir el nombre de resoluciones que forman parte de la cultura jurídica

⁴⁶ Cfr. OVALLE FAVELA, *op. cit.*, nota 42, p. 195.

⁴⁷ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22a. ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001, t. II, p. 2303.

mexicana no parece obedecer más que a una decisión autoritaria, caprichosa, de los autores de la reforma.

Al igual que ocurrió con la reforma al artículo 16, en el artículo 19 se sustituyen los conceptos de cuerpo del delito y de probable responsabilidad para en su lugar señalar que en el auto de vinculación a proceso se expresarán “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”. Reiteramos las críticas expresadas en el apartado II.1 de este trabajo a tal sustitución.

2. *La prisión preventiva*

En el Decreto del 18 de junio de 2008 se suprime la garantía de libertad caucional que otorga el artículo 20, fracción I, de la Constitución Política desde 1917, precepto que pasó a ser el artículo 20, apartado A, fracción I, en virtud del Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 21 de septiembre de 2000. En su lugar, se adiciona el actual párrafo segundo al artículo 19 para establecer las bases conforme a las cuales el Ministerio Público puede solicitar al juez que decrete la prisión preventiva, así como para que este último la ordene de oficio. De este modo la garantía de libertad caucional que se otorga a los inculpados como un derecho fundamental, se convierte en la reforma del 18 de junio de 2008 en sólo una facultad del Ministerio Público, para solicitarla, y del juez para ordenarla.

En el párrafo adicionado se prevé que el Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar: a) la comparecencia del inculpadado en el juicio; b) el desarrollo de la investigación; c) la protección de la víctima, de los testigos o de la

comunidad. Asimismo, el Ministerio Público podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. No lo dice claramente el párrafo adicionado, pero es evidente que el juez conserva la facultad para decretar la prisión preventiva sólo si el Ministerio Público efectivamente acredita el supuesto en que se base para pedirla.

Por otro lado, el párrafo adicionado faculta al juez para ordenar de oficio la prisión preventiva, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos por 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. El intento inicial de los autores de la reforma de señalar específicamente los delitos en los cuales el juez debe ordenar de oficio la prisión preventiva, finalmente se pierde al regresar al concepto de “delitos graves que determine la ley”, pues los bienes jurídicos que se enumeran son tan amplios que permiten al legislador ordinario incrementar considerablemente la lista de delitos graves.