

LOS DERECHOS HUMANOS DE ACCESO A LA JUSTICIA Y DEBIDO PROCESO EN EL MARCO DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES MEXICANAS DE 2008

Antonio SALCEDO FLORES

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El derecho humano de acceso a la justicia.* III. *El derecho humano al debido proceso.* IV. *La reforma constitucional de 2008 y su Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio.* V. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

Recuerdo al doctor Humberto Briseño sierra como un estudioso del derecho dedicado, profundo, riguroso y, sobre todo, bien documentado. Antes de opinar, presentar sus descubrimientos o publicar sus libros, analizaba, reflexionaba y reconstruía el objeto de sus investigaciones. La improvisación no se encontraba en su estilo de trabajo. Se dedicó a tareas titánicas que, en varias ocasiones, le redituaron poco fruto; por ejemplo, cuando comparó los distintos códigos de procedimientos civiles del país o cuando se hizo cargo de analizar y fundamentar la posibilidad de que para abatir el rezago del trabajo judicial se confiaran los procesos a individuos y entidades particulares, a fin de que auxiliaran a los tribunales en sus funciones jurisdiccionales. Otras veces, esas mismas empresas titánicas le abrieron las puertas a la trascendencia nacional e internacional en el campo procesal. De su amplia producción literaria, la Editorial Harla, México, en 1995, publicó una especie de compendio con lo mejor de su obra, bajo el título *Derecho procesal*,¹ del cual el doctor Briseño aclaraba que debió titularse *Teoría general del proceso*, porque eso era.

Como presidente del Congreso Panamericano de Derecho Procesal, el doctor Humberto Briseño Sierra dictó varias conferencias en la Universidad Autónoma Metropolitana. Ahí también, entre 1993 y 2001, participó

¹ Briseño Sierra, Humberto, *Derecho procesal*, México, Harla, 1995.

impartiendo diplomados y dirigiendo seminarios; como ejemplo menciono el que llevó por título “El derecho procesal. Génesis, actualidad y perspectivas en los umbrales del siglo XXI”. En 1999 nos invitó al XIV Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, que se celebró en la ciudad de Panamá, en el marco de los festejos por la reversión del Canal, que, efectivamente, se llevó a cabo un mes después. Siempre fue generoso con nosotros, generosidad a la que no correspondimos suficientemente. Hoy me siento honrado y agradezco a la doctora Carina Gómez Fröde, directora del Seminario de Derecho Procesal de la Universidad Nacional Autónoma de México, que nos haya permitido sumarnos al merecido homenaje que se rinde al doctor Humberto Briseño Sierra.

Siguiendo las ideas de Briseño Sierra sobre la relación entre el proceso y el tiempo, elaboré dos trabajos que en 2012 fueron publicados por la Universidad Autónoma Metropolitana, el primero en la *Revista Alegatos*,² y el segundo en el libro *Temas selectos de derecho procesal civil*.³

En dichas publicaciones expongo y analizo el concepto “tiempo” desde la perspectiva de la filosofía presocrática, aristotélica, kantiana, hegeliana, nietzscheana, heideggeriana y del antiguo pueblo maya; los postulados de Isaac Newton, Albert Einstein y Stephen Hawking; los poetas Emil Cioran y José Emilio Pacheco; la obra del propio Humberto Briseño Sierra, y la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación mexicana. Ese análisis me llevó a la conclusión de que el tiempo no debe usarse de manera irreflexiva en las actividades procesales, y tampoco debe ser considerado inexorable, en virtud de que es mucho más que *un antes, un durante y un después*.

Los plazos, términos y señalamientos, por medio de los cuales se incorpora el tiempo al proceso, no están siendo cabalmente comprendidos, y menos aun debidamente aplicados por los legisladores y jueces mexicanos. Dichos operadores del derecho sobrevaloran el principio de preclusión, y ante él, en un exagerado e injustificado celo por la temporalidad hacen sucumbir el principio de justicia.

El tiempo, afirmaba don Humberto, debe contribuir al orden, al avance y a la conclusión de los procesos; yo agregaría no a su complicación ni a su frustración.

Los derechos humanos se encuentran garantizados por los derechos de acceso a la justicia y al debido proceso. El primero dispone que toda persona debe contar con los medios necesarios para recibir, perseguir, retener y proteger lo que le corresponde; el segundo establece las reglas que deben

² *Revista Alegatos* 81, México, UAM, 2012.

³ Torres Zárate, Fermín (coord.), México, Editorial Eón y UAM, 2012.

regir el procedimiento que, ante un juez o tribunal, se desarrolle para perseguir, retener y proteger lo que a cada persona le corresponde. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en 2008, introdujo un nuevo sistema penal al país.

Este ensayo intenta demostrar que ese nuevo sistema penal viola los principios más importantes de los derechos de acceso a la justicia y debido proceso; si esto es cierto, también se habrá demostrado la vulnerabilidad en que se encuentra toda persona que sea señalada como probable autora de un hecho criminal, pues carecería de oportunidad, recursos, información y medios para defenderse.

Asimismo, orientándome, una vez más, con las enseñanzas del doctor Humberto Briseño Sierra, me propongo demostrar que el nuevo sistema procesal penal, es contraria a las más elementales formalidades del procedimiento, a grado tal que parece haber acabado con el concepto mismo de proceso.

La metodología que emplearé para alcanzar mi propósito consistirá, primero, en realizar una breve exposición de los temas acceso a la justicia y al debido proceso; segundo, en analizar la reforma constitucional y el instrumento por el que se está incorporando a las legislaciones de las entidades federativas, designado Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio; tercero, en demostrar que la reforma constitucional y su Código Modelo violan los propios principios de los derechos humanos de acceso a la justicia y debido proceso.

II. EL DERECHO HUMANO DE ACCESO A LA JUSTICIA

¿Qué debemos entender por “acceso a la justicia”? Es la posibilidad de reclamar, perseguir y proteger lo que nos corresponde.

¿Qué nos corresponde? Eso debe determinarlo el jurista, por medio de la interpretación y la aplicación del derecho.⁴

No siempre llega o permanece a y en su titular el derecho, bien o prerrogativa que el derecho asigna.

La posibilidad que el derecho concede al titular de un derecho para recibirlo, reclamarlo, conservarlo y perseguirlo, puede definirse como acceso a la justicia.

Hay casos y personas en los que y a quienes históricamente se ha negado el acceso a la justicia; como ejemplo podemos mencionar:

⁴ Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, México, Minos, 1999.

- El gobernado, cuando es víctima de omisiones o actos gubernamentales abusivos.
- El particular que es víctima de abusos del Ministerio Público (procuradurías generales de justicia).
- Un país débil frente a los abusos de una nación poderosa.
- Los migrantes que son víctimas de los abusos de las autoridades estadounidenses y mexicanas.
- El trabajador frente al patrón.
- Las personas con discapacidad.
- Las mujeres.
- Los indígenas.
- Quienes carecen de medios económicos.
- Las personas procesadas en la materia penal.

¿Cuáles son algunos de los aspectos de la negativa de acceso a la justicia? Para el caso de México, Santiago Oñate Laborde⁵ responde:

- Lentitud del procedimiento jurisdiccional.
- Alto costo económico del procedimiento judicial.
- Falta de claridad en las reglas procedimentales.
- Las desigualdades sociales que, ineludiblemente, se exportan al proceso jurisdiccional y al derecho humano de acceso a la justicia.
- Los tribunales son del Estado y éste no considera prioritario el acceso a la justicia.
- Aunque han existido buenos programas constitucionales para favorecer el acceso a la justicia, los legisladores y los jueces parecen haberlos frustrado.
- Los abogados, colectiva e individualmente, nada han hecho por mejorar el acceso a la justicia.
- El acceso a la justicia parece tener un carácter “clasista”.
- La discriminación está presente en el acceso a la justicia y en la negativa al acceso a la justicia, no obstante encontrarse prohibida por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (artículo 1o.), la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 7) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 8 y 25).

⁵ “El acceso a la justicia y los no privilegiados en México”, *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, núm. 1, 1978, pp. 137-189 (aunque en esta obra el autor se refiere a la justicia civil, sus observaciones también son aplicables a la justicia penal, laboral, constitucional, etcétera).

¿Qué se ha hecho en los últimos cincuenta años para disminuir la negativa al acceso a la justicia?

- Fomentar la educación.
- Tratar de fortalecer a la defensoría de oficio.
- Instrumentar políticas públicas (legislativas, judiciales y ejecutivas).
- Simplificar, esclarecer y agilizar el procedimiento judicial.
- Crear recursos eficaces.
- Hacer participar a las universidades y a las organizaciones no gubernamentales.
- Litigar estratégicamente.
- Advertir que sin un mejor acceso a la justicia resulta vano ofrecer e imposible recibir los servicios básicos, así como cumplir con las metas de democratización en América Latina (BID y BM).
- Denunciar que si no se mejora el actual estado de acceso a la justicia no habrá oportunidad para la mayoría, y será imposible reducir la pobreza y la desigualdad en Latinoamérica (BID y BM).
- Recomendar y procurar un desarrollo con equidad (BID y BM).
- Un medio esencial para el acceso a la justicia es el debido proceso, en el que se requieren: jueces competentes objetiva y subjetivamente; equidad procesal; oportunidad para actuar: información, audiencia, prueba, sentencia, así como racionalidad.

Los anteriores requerimientos forman parte de las llamadas formalidades esenciales del procedimiento o características del debido proceso, como veremos a continuación.

III. EL DERECHO HUMANO AL DEBIDO PROCESO

¿Qué es el debido proceso?

- Es el conjunto de formalidades esenciales del procedimiento jurisdiccional.
- El tiempo, la forma, el lugar, el modo en que debe realizarse el acto procesal.
- La adecuación del acto procesal.
- La lógica, la experiencia, la seguridad y la certeza jurídicas.
- La excelencia en la actuación judicial.
- El deber ser en la actividad jurisdiccional.

- La racionalidad del acto procesal; es decir, la característica de la actuación procesal que es conforme con la necesidad, la gravedad, la claridad, la temporalidad y los efectos.
- El debido proceso en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento.
- La doctrina. José Ovalle Favela identifica cuatro formalidades esenciales del procedimiento, a saber: noticia completa, oportunidad razonable para aportar pruebas, oportunidad para alegar, resolución motivada y fundamentada legalmente.⁶ Como puede verse, Ovalle ya incluye el aspecto racional en las formalidades, lo refiere a la oportunidad de probar solamente, cuando debe ser un atributo de todas las actuaciones, del juez, de las partes y de los terceros.

En la jurisprudencia nacional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala:

FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO. La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga “se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento”. Éstas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) la notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) la oportunidad de alegar; y 4) el dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado. Novena Época. Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, diciembre de 1995, t. II, p. 133.

- La Declaración Universal de Derechos Humanos: “Artículo 10. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente

⁶ Ovalle Favela, José, *Garantías constitucionales del proceso*, México, McGraw-Hill, 1997, pp. 69-73.

e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. “Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia”.⁷

1. *Consideraciones generales*

- Garantía general de igualdad.
- Audiencia pública, con las debidas garantías y ante un tribunal competente, independiente e imparcial.
- Garantías procesales.
- Derecho sustantivo a indemnización por error judicial (Ejecutivo y/o Legislativo).

2. *Igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*

- Igual trato, consideración y oportunidad.
- Equidad.

3. *Una audiencia pública con las debidas garantías ante un tribunal competente, independiente e imparcial*

- Audiencia pública.
- Competencia objetiva y subjetiva.
- Independencia.
- Imparcialidad.

4. *Presunción de inocencia*

- En la consideración.
- En el trato.
- Debe prevalecer sobre la probabilidad de responsabilidad.

⁷ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 32, 23 de agosto de 2007.

- Tensión entre los principios *pro hommine e in dubio pro reo*.
- Conclusión.

5. *Derechos de las personas acusadas de delitos*

- Tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa.
- A estar presentes durante el juicio.
- A defenderse personalmente o mediante abogado.
- A contar con defensor público.
- A desahogar sus pruebas.
- A contar con un intérprete gratuito.
- A no inculparse.

6. *Menores de edad*

- Por lo menos las mismas garantías y protección que los adultos.

7. *Revisión por un tribunal superior*

- Debido recurso.

8. *Indemnización en caso de error judicial*

- Errores ejecutivo y legislativo.

9. *La cosa juzgada*

- Su relatividad.

10. *Relación del artículo 14 con otras disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*

Artículo 8. Garantías judiciales. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad

por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

- La jurisprudencia internacional. Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia.

11. *Derechos del debido proceso*

- Presunción de inocencia.
- La fiscalía tiene la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad más allá de toda duda razonable.
- La decisión del acusado de testificar no altera la carga de la prueba.
- El que el acusado no impugne que el crimen no ocurrió no afecta la carga de la prueba.
- El que el acusado base su defensa en una coartada no altera la carga de la prueba.
- El considerar los factores acordados en la declaración de culpabilidad no viola la carga de la prueba.
- El derecho a permanecer callado/derecho contra la autoinculpación.
- Existe una prohibición absoluta contra la consideración del silencio en la determinación de culpabilidad o inocencia.
- El referirse a la condena como parte de los alegatos finales no viola el derecho a la no inculpación.
- Derecho a un juicio público y justo.
- Tiempo e instalaciones adecuadas para la preparación de la defensa.
- Recurso eficaz.
- Opinión (sentencia) razonada por escrito.
- Derecho a contar con tiempo y facilidades adecuadas para la preparación de la defensa.
- Principio de “igualdad de armas”.
- Derecho a la apelación.
- El derecho de una persona acusada a un juicio justo/denegación del debido proceso.
- El derecho a un tribunal independiente e imparcial/audiencia pública y justa.
- El derecho a la autorrepresentación.
- El derecho a ser informado prontamente y en detalle de la naturaleza y la causa de la acusación (práctica de la acusación).

- Naturaleza jurídica del debido proceso.
- Serie correcta de actos para la solución de un litigio.
- Medio de acceso a la justicia.
- Derecho humano insuspendible.
- Garantía para el cumplimiento del derecho.
- El debido proceso y la prisión preventiva

Recordemos que el debido proceso es el conjunto de formalidades esenciales del procedimiento jurisdiccional: tiempo, forma, espacio, modo; acordes con la racionalidad, el deber ser, la justicia, la excelencia.

Algunas de las funciones del debido proceso son:

- Conocer y resolver los litigios.
- Posibilitar el acceso a la justicia.
- Garantizar el cumplimiento del derecho.
- El debido proceso garantiza el cumplimiento de los derechos humanos.
- El debido proceso es un juicio racional, equitativo, justo.

La prisión preventiva en el debido proceso es el aprisionamiento de una persona que probablemente participó en la comisión de un delito.

Esa detención se ha considerado una medida de seguridad, de control social, cautelar, un acto de molestia, una pena anticipada y una medida irracional, inhumana e ineficaz.

La prisión preventiva se aplica mientras se dicta la sentencia; es decir, antes que el procesado sea encontrado culpable, por ello es que:

- Viola la presunción de inocencia.
- Viola el principio de seguridad jurídica incorporado a nuestro sistema jurídico por el artículo 14 constitucional: “Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

Vulnera las formalidades esenciales del procedimiento y, en consecuencia, el debido proceso, porque:

- a) antes aplica la sanción y después juzga;

- b) niega al procesado el derecho de audiencia;
- c) niega al procesado el derecho de prueba;
- d) imposibilita la equidad procesal;
- e) empodera al acusador (Ministerio Público);
- f) obliga al juez a condenar, y
- g) elimina el concepto mismo de debido proceso.

IV. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2008 Y SU CÓDIGO MODELO DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO

En 2008 se reformó el sistema penal mexicano. Los cambios se hicieron desde el texto constitucional. Los legisladores aseguraron que con su reforma se transitaba de un caduco sistema mixto con tendencia al inquisitorial, al acusatorio y oral, regido por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación; que reconocía y respetaba la presunción de inocencia, la excepcionalidad de la prisión preventiva y los demás derechos fundamentales, de acuerdo con las recomendaciones que habían emitido diversos organismos nacionales e internacionales de derechos humanos.⁸ Esta investigación trata de demostrar que el proceso penal creado por los constituyentes no es acusatorio, tampoco se rige por los principios anunciados, y menos aun respeta la presunción de inocencia ni la excepcionalidad de la prisión preventiva.

1. *Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México*

La Organización de las Naciones Unidas, a través de su Alto Comisionado para los Derechos Humanos, en 2004, después de haber realizado un diagnóstico sobre la situación que guardaban los derechos humanos en México, muy particularmente los derechos civiles frente al sistema de justicia, recomendó al gobierno mexicano que modificara su sistema penal, y lo instó para que dejara de usar el modelo inquisitorial que venía aplicando y lo sustituyera por el acusatorio que, a diferencia del inquisitorial, ofrece ciertas garantías para los derechos humanos, está identificado como propio de los regímenes democráticos, impide el abuso del poder, se corresponde con los estándares que exigen los ordenamientos jurídicos internacionales; sin dejar de sancionar, respeta a la persona humana.

⁸ Dictámenes de las Comisiones Unidas de la Cámara de Diputados y de la Cámara de Senadores, diciembre de 2007.

El organismo internacional acusó al gobierno mexicano de cometer y tolerar graves violaciones contra los derechos humanos, consistentes en abusar de la prisión, especialmente de la prisión preventiva; no ejercer control sobre la fuerza de sus cuerpos represivos: policía, ejército y Ministerio público; ser incapaz de frenar los abusos de las procuradurías generales de justicia (Ministerio Público); apresar a las personas por motivos políticos, atribuyéndoles delitos ordinarios; no garantizar el debido proceso; anular el derecho de defensa; fomentar y practicar la incomunicación, la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes en agravio de las personas detenidas; no proteger y sí amenazar la libertad personal, “derecho fundamental que en México es vulnerado de manera sistemática por diferentes autoridades”;⁹ propiciar las detenciones arbitrarias y no ofrecer garantías procesales; además de no proporcionar a la gente pobre una defensoría de oficio o pública.¹⁰

México, señaló el Alto Comisionado, cuenta con un sistema penal inquisitorial profundamente antidemocrático, injusto, inequitativo y muy por abajo de los estándares mínimos ordenados por los instrumentos jurídicos internacionales que se comprometió a cumplir. El Estado mexicano —recomendó el Comisionado de la ONU— debe adoptar un sistema penal acusatorio que garantice los derechos humanos, muy particularmente la libertad de la persona, su presunción de inocencia, su derecho de defensa, el debido proceso, los derechos de la víctima.¹¹

El país —advirtió— debe abandonar de inmediato el sistema penal inquisitorial e incorporar el modelo acusatorio que sí ofrece garantías para los derechos fundamentales, pero antes debe reducir los supuestos de prisión preventiva, ya que, de no hacerlo —adelantó la Organización de Naciones Unidas—, los efectos serán contrarios a los buscados, pues crecerá el número de personas encarceladas, además de que la prisión preventiva impedirá el derecho de defensa, porque quien se encuentra preso no puede buscar y presentar medios de prueba.

Deben eliminarse las atribuciones que la ley concede al Ministerio Público para que actúe como juez; precisarse que el derecho de defensa lo tienen todas las personas desde el momento de su detención, y a las mismas debe reconocérseles su presunción de inocencia, y como inocentes deben

⁹ ONU, *Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México*, México, 2004, p. 12.

¹⁰ El 95% de los casos que atiende la defensoría de oficio es condenado, ONU, Grupo de Trabajo sobre los Derechos Humanos, informe de 2002.

¹¹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México*, capítulo 2: Derechos civiles, México, 2004, pp. 11-42.

ser tratadas durante todas las etapas del proceso, mientras no sean declaradas culpables por una sentencia firme.

Asimismo, deben reducirse sustancialmente los supuestos constitucionales para imponer la prisión preventiva y establecer su improcedencia en los casos en que el delito de que se trate prevea una pena sustitutiva a la prisión. Es necesario que se promueva una legislación integral en materia de penas sustitutivas de la prisión.

La prisión preventiva debe ser totalmente excepcional, y debe desaparecer de las leyes y de la práctica el arraigo.

El Estado mexicano —recomendó el Alto Comisionado—, debe garantizar el derecho a defensa de los reclusos y facilitar la labor de los defensores y de las organizaciones no gubernamentales.

Debe poner freno a las acciones de la policía, quien frecuentemente es señalada como ineficaz para la investigación de los delitos y para el mantenimiento de la seguridad y el orden públicos; pero, por el contrario, muy eficaz para la corrupción, las detenciones arbitrarias y las torturas. Junto con el ejército y el Ministerio Público, la policía, en México, practica de modo generalizado la detención arbitraria, la tortura y los malos tratos, en los ámbitos estatal y federal (olvidaron señalar el municipal). Esas prácticas se perpetúan y recrudecen —apuntó el diagnóstico—, porque las autoridades no analizan debidamente las acusaciones por torturas y tratos inhumanos que han provocado la muerte de las personas detenidas, decesos que han sido muchos, y por ellos, debido a graves deficiencias en las investigaciones, ningún funcionario público ha sido procesado, no obstante que dichos funcionarios eran garantes de la seguridad de las personas sometidas a detención y tenían estrictamente prohibido torturarlas e infligirles tratos crueles e inhumanos, además de que era su obligación oponerse enérgicamente a que otro u otros se los propinaran y, en su caso, denunciar dichos abusos.¹²

Por todo lo anterior —demandó el Alto Comisionado—, el Estado mexicano debe adoptar un sistema penal acusatorio y garantizar:

- La desaparición del arraigo.
- La presunción de inocencia.
- La excepcionalidad de la prisión preventiva.
- El debido proceso.
- El derecho de defensa.
- El respeto y la protección de los derechos humanos de las personas detenidas.

¹² Asamblea General de las Naciones Unidas, *Código de Conducta de los Agentes Encargados de Hacer Cumplir la Ley*, 17 de diciembre de 1979, Resolución 34/169.

El gobierno mexicano no hizo el menor caso a las recomendaciones, y menos aun cumplió las demandas de los organismos internacionales. Al contrario, recrudeció sus ataques a los derechos humanos, muy especialmente en contra de las personas señaladas como sospechosas de alguna falta penal. El Constituyente Permanente de 2008 simuló adoptar el sistema penal acusatorio, siendo que en realidad impuso el modelo penal inquisitorial radical, menos respetuoso, menos garantista y más vulnerador de los derechos humanos que su antecesor: el mixto tendente al inquisitorial. El Estado mexicano no desapareció el arraigo, sino que lo elevó a rango constitucional. Anuló la presunción de inocencia, al hacer prevalecer sobre ella a la probabilidad de responsabilidad. A la prisión preventiva no la hizo excepcional, sino que la generalizó, la convirtió en regla única para los procesos penales, la ordenó para todos los delitos, incluso para aquellos que merecen pena no privativa de libertad; le ordenó al juez imponerla oficiosamente en determinados casos y dejó en manos del Ministerio Público la decisión de su aplicación. Eliminó el concepto mismo de debido proceso, pues en contra del indiciado constitucionalizó la alianza del juez y el Ministerio Público, las actuaciones secretas, la imposibilidad de contradecir los argumentos, las pruebas y las actuaciones de cargo; desapareció la división entre acusación y juicio; ambas etapas las convirtió en una, cuyo éxito lo encomendó a la pareja formada por el juez y el Ministerio Público; todo, repito, en agravio del procesado. Imposibilitó el derecho de defensa, hizo la justicia inaccesible para el reo, a quien le ocultó las actuaciones, le negó los derechos de igualdad, equidad, audiencia y prueba.

El legislador constitucional reformó el texto fundamental para negar todos los derechos humanos a las personas sospechosas de haber cometido un hecho señalado como delito o de haber participado en su comisión, y lo peor de todo es que en sus discursos públicos y privados asegura que escuchó y satisfizo las exigencias de los organismos internacionales supervisores del respeto y el cumplimiento de los derechos humanos.

El Constituyente Permanente llevó a cabo sus reformas de tal manera que la norma, en principio, declare y se compromete cumplir los compromisos en materia de derechos humanos, y luego incorpore salvedades, reservas, antinomias, incongruencias, contradicciones y toda una serie de artificios, para terminar anulando las garantías que parecía haber establecido. Este método, por demás engañoso, encubridor y demagógico, es utilizado por la Constitución y por el Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los estados de la Federación, que es el instrumento que la Comisión Nacional de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos

Mexicanos está utilizando para imponer a las legislaciones estatales las reformas constitucionales. Veamos cómo es eso.

2. *Contenido de las reformas constitucionales de junio de 2008*

Una vez que el Diagnóstico del Alto Comisionado se hizo público, el Ejecutivo federal, a cargo de Vicente Fox Quezada, envió al Congreso de la Unión una propuesta de reformas a la Constitución, que no se atendió. El asunto fue retomado por Felipe Calderón Hinojosa, quien, como presidente de México, envió otra propuesta de reformas constitucionales. De ellas se hizo cargo la LX Legislatura Federal, 2006-2009, compuesta por la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores, legisladores que, junto con las legislaturas estatales, reformaron los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹³

Las reformas, sustancialmente, consistieron en:

- La autorización del arraigo de las personas, medida que ordena el juez de control, a petición del Ministerio Público, bastando que éste señale al investigado como sospechoso de delincuencia organizada (artículo 16).
- La creación de la figura del juez de control, que autoriza en forma inmediata las solicitudes del Ministerio Público relacionadas con la imposición de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación que requieren control judicial (artículo 16).
- La autorización de las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público, durante la investigación, antes de que se notifique al indiciado y sin que éste intervenga; sólo se requiere que de esas comunicaciones entre jueces y Ministerio Público se lleve un registro (artículo 16).
- La autorización de la incomunicación en prisión preventiva y en las penitenciarias, para los procesados y los sentenciados, respectivamente, por delincuencia organizada (artículo 18).
- La prevalencia de la probabilidad de responsabilidad sobre la presunción de inocencia (artículo 19 primer párrafo).

¹³ Decreto del Ejecutivo Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008.

- La prisión preventiva en todos los procesos penales a solicitud del Ministerio Público, y decretada oficiosamente por el juez en casos determinados (artículo 19, segundo párrafo).
- La declaración de que el proceso penal será acusatorio y oral, regido por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación (artículo 20, encabezado).
- La declaración de la presunción de inocencia (artículo 20, apartado B).
- La unión de las fases de investigación y juicio (artículos 16, 17, 19, 20 y 21).
- La sociedad entre juez y Ministerio Público para condenar al procesado (artículo 20, apartado B, fracción VI, segundo párrafo *in fine*).

Con esto, afirmaron los constituyentes, se satisfacen las demandas del exterior, se propicia la transición de un sistema procesal mixto con tendencia al inquisitorial (cuestionado), a otro procesal penal acusatorio y oral, respetuoso y protector de los derechos humanos, regido por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.¹⁴

¡Tal afirmación es falsa! Lo que hicieron los constituyentes fue instaurar un sistema procesal penal inquisitorial radical, más represivo y más violatorio de derechos humanos que su antecesor, sólo superado por el que utilizó el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición, que funcionó en nuestro país de 1536 a 1810.¹⁵

Los legisladores constitucionales aseguraron que el nuevo sistema penal atendía los reclamos que los organismos internacionales habían hecho al gobierno mexicano para que dejara de violar los derechos humanos de su población. De aquí en adelante —festejaron los diputados y senadores—, contaremos con un procedimiento penal que garantice al reo su libertad personal,¹⁶ su presunción de inocencia, la neutralidad del juez, la igualdad

¹⁴ Dictámenes citados con anterioridad.

¹⁵ Buelna Serrano, María Elvira, *Indígenas en la Inquisición apostólica de fray Juan de Zumárraga*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, Azcapotzalco, 2009.

¹⁶ Eso está muy lejos de la verdad, ya que los constituyentes, en realidad, privaron de su derecho humano a la libertad, a todos los reos, sin importarles si el delito de que se trate sea leve, grave o de otra naturaleza ese atentado contra los derechos humanos lo perpetraron los constituyentes cuando convirtieron a la prisión preventiva en la regla general (prácticamente única) de los procesos penales. Ignoraron los medios sustitutivos de la prisión preventiva que proponen destacados doctrinarios; por ejemplo, Luis Rodríguez Manzanera, en su obra *La crisis penitenciaria y los sustitutivos de la prisión*, México, 3a. ed., Porrúa, 2004, pp. 133-134, denuncia la crisis del sistema carcelario y, al tiempo que reclama la excepcionalidad de la prisión, propone, como vías de solución: a) la creación o actualización de leyes de ejecución de sanciones; b) el desarrollo de cuerpos administrativos (seguramente interdisciplinarios) que

de las partes, la equidad, la publicidad, el principio de contradicción, el derecho de defensa; en una palabra: el debido proceso. El proceso penal —celebraron—, ha dejado de ser inquisitorial, para convertirse en acusatorio, regido por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollarán de manera pública y contradictoria; las partes tendrán igualdad procesal; ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el derecho de contradicción; cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, y los principios y bases antes mencionados se observarán también en las audiencias preliminares al juicio.

Lo asegurado por los senadores y diputados del Congreso de la Unión y aceptado por las legislaturas de los estados, desafortunadamente, es mentira. El nuevo proceso penal es más inquisitorial que antes de la reforma; de ninguna manera es acusatorio, y menos aun garantiza la libertad personal, la presunción de inocencia, la neutralidad del juez, la igualdad de las partes, la equidad, ni el derecho de defensa. El proceso penal que crearon los legisladores federales viola los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. Es contrario a la igualdad procesal, autoriza al juez a tratar asuntos sujetos a proceso en audiencia privada con el Ministerio Público y sin que esté presente el indiciado, a quien ni siquiera se le informa de la existencia de la investigación, menos aun se le da oportunidad de contradecir, ya no digamos de defenderse, los argumentos que el acusador, en reunión privada con el juez, formula en contra del indiciado; la reforma convalida pruebas obtenidas a través de actos violatorios de derechos humanos.

Debe recordarse que el sistema inquisitorial es identificado con los regímenes dictatoriales, represores, despóticos, debido a que autoriza las delaciones anónimas y las actuaciones secretas, el tormento sobre acusados

estudien y propongan las medidas sustitutivas adecuadas; c) el cambio del sistema correccional tradicional hacia formas más elásticas, y que permitan la aplicación de los sustitutivos, y d) un mayor acercamiento entre los diversos órganos de administración de justicia. Por su parte, José Jesús Cázarez Ramírez, en *Medidas procesales alternativas a la prisión preventiva en el estado de Michoacán*, México, Porrúa, 2008, pp. 126-131, propone, como medidas alternativas a la prisión preventiva, 1. La detención domiciliaria, 2. El arresto de fin de semana, 3. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, 4. La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o autoridad que se designe, 5. El confinamiento, 6. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares, 8. El abandono inmediato del domicilio, 9. La prestación de una caución adecuada o conforme a las posibilidades económicas, 10. La suspensión en el cargo o encomienda, 11. El monitoreo electrónico.

y testigos, la supremacía de la autoridad sobre el ciudadano, la unión del juez y el acusador para actuar en contra del acusado, la supremacía del interés común sobre el individual; hace uso de la prisión preventiva en forma generalizada y de la punitiva preferentemente frente a otras sanciones no privativas de libertad; mientras que el sistema acusatorio se identifica con el humanitarismo, la democracia, los regímenes liberales, en razón de que prohíbe las delaciones anónimas y las actuaciones secretas, impone la publicidad hacia todos, principalmente hacia el acusado, éste debe conocer siempre el desarrollo del procedimiento; prohíbe estrictamente el tormento para conseguir la declaración del acusado y los testigos; sobre las instituciones públicas y el derecho a castigar, hace prevalecer el derecho del ciudadano, prohíbe la unión del juez y el acusador; concede valor tanto al interés común como al individual; utiliza la prisión preventiva excepcionalmente y la punitiva como último recurso.¹⁷

De lo anterior deducimos fácilmente por qué al gobierno mexicano le preocupa convencernos de que su proceso penal es acusatorio y no inquisitorial.

3. *El Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio*¹⁸

El Código Modelo, de la misma forma que los artículos 18 y 19 de la Constitución federal, hace prevalecer la probabilidad de culpabilidad sobre la presunción de inocencia; esto es, cuando establece que de existir datos que hagan probable la intervención del investigado en la comisión de un delito que merezca pena privativa de libertad, se le aprehenda y se le imponga la prisión preventiva. En el momento en que el Código, basándose en probabilidades, autoriza la detención del indiciado, a quien aún no se le ha encontrado culpable en sentencia firme, está desconociendo y violando el principio de presunción de inocencia, que establece que mientras no haya sentencia firme que declare responsable al indiciado, éste será considerado y tratado como inocente. Si esta garantía de inocencia en realidad se respeta, ¿cómo entonces puede explicarse que a un inocente se le prive de su máspreciado derecho: la libertad?

¹⁷ Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavallía-Editor, 1981, t. I, pp. 71-74.

¹⁸ El Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio es el instrumento por medio del cual se están incorporando a las legislaciones de los estados de la Federación las reformas que en 2008, en materia penal, realizó el Constituyente Permanente mexicano.

El código intenta moderar el rigor inquisitorial de la reforma constitucional de junio de 2008. Parece que no lo consigue, y sí, en cambio, viola más gravemente los derechos humanos, al establecer normas similares a las que han formado parte de los regímenes inquisitoriales más radicales de nuestro país, después del Santo Oficio de la Inquisición, que funcionó de 1536 a 1810, como lo iremos demostrando en nuestra exposición.

Al igual que los constituyentes, el Código Modelo pretende ser el medio de transición de un modelo procesal penal mixto, con tendencia al inquisitorial, que se practica en México —afirmaron—, a otro nuevo proceso penal, acusatorio, garantista, adversarial, público, equitativo. Al parecer, las cosas no son así. El nuevo proceso penal no es acusatorio, tampoco público, adversarial o equitativo, y menos garantista. Veamos por qué.

El Código Modelo, en su declaración de principios, precisamente en el artículo 2o., proclama:

Nadie podrá ser sentenciado a una pena sino después de una sentencia o resolución firme obtenida en un proceso tramitado en un marco de respeto irrestricto a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Constitución del estado,¹⁹ los tratados internacionales vigentes y en las leyes.

Esta proclama la deja sin efecto en su propio artículo 179, al establecer medidas cautelares restrictivas de la libertad personal, entre las que se encuentra la prisión preventiva que, según reconoció la Suprema Corte de Justicia de la Nación,²⁰ es una pena, misma que el Código Modelo autoriza e impone antes de que exista una sentencia o resolución firme, incluso sin que se haya tramitado un proceso, situación que actualiza una de las violaciones más lacerantes contra los derechos humanos, en virtud de que aprisiona a la persona sin respetar su derecho de defensa. Para lo anterior no obsta que en su artículo 3o., el Código declare que los principios, derechos y garantías previstos por él serán observados en todo proceso penal y en todas las etapas procesales.

¹⁹ Dependerá del particular estado de la Federación en el que se esté implantando el código modelo.

²⁰ “PRISIÓN PREVENTIVA. Su no contradicción con la garantía de audiencia deriva de los fines que persigue y no de su carácter tutelar. Es decir, en esta hipótesis la prisión preventiva pierde su carácter provisional; se reconoce que ésta y la prisión punitiva son idénticas”. *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, Pleno. Amparo en revisión 1028/96. Unanimidad de diez votos.

En el artículo 4o. declara que el proceso será acusatorio, regido por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad, igualdad de las partes e intermediación.

Esta declaración la anula el propio Código Modelo, al crear normas que mandan la coincidencia o asociación entre el juez y el acusador, que autorizan actuaciones y resoluciones secretas, que niegan el derecho de defensa, que ordenan la suspensión del proceso a conveniencia del acusador, que fingen ignorar el vergonzoso desequilibrio que existe entre las partes y que provocan la falta de intermediación judicial integral, entre otras preocupantes cosas.

El Código Modelo en su artículo 130 establece que el Ministerio Público llevará a cabo su investigación secretamente sin informar y mucho menos dar oportunidad de defenderse a la persona contra quien dirige su investigación, y una vez que tenga datos que hagan probable la participación del investigado en la comisión de un delito, también en secreto irá con el juez de control y con él, en secreto los dos, elaborarán la orden de aprehensión en contra del investigado, quien será aprehendido y después de asegurado, ya en prisión, será informado de que en su contra, secretamente, el Ministerio Público, con la colaboración de su policía y la autorización del juez de control, ha llevado a cabo una investigación que lo encuentra probablemente relacionado con la comisión de un delito, y que en ese momento se le da oportunidad para que exprese lo que le convenga, mientras que al Ministerio Público se le requiere para que haga formal la imputación que permitirá al juez de control vincular a proceso al imputado y aplicarle, oficiosamente o a petición del Ministerio Público, de la víctima del delito o de ambos, la prisión preventiva, medida restrictiva de la libertad que también puede decretar el juez de control cuando el imputado es puesto a su disposición por haberlo detenido la policía, siguiendo órdenes del Ministerio Público, en caso urgente o por haberlo recibido en caso de flagrancia. Lo importante aquí es que, contra lo que enarbola el Código Modelo como principios de publicidad, contradicción, igualdad, defensa, neutralidad del juez, en sus artículos 130 y 187 autoriza las actuaciones secretas entre el Ministerio Público y el juez para garantizar la privación de la libertad y el castigo de la persona investigada.

Con el proceso penal reformado no puede pensarse que se cumplan los principios de contradicción e igualdad de las partes, en virtud de que las procuradurías generales de justicia de los estados y de la República son dependencias directas y esenciales de los poderes ejecutivos respectivos, y siempre serán más poderosas que el reo, como se vio en la parte introductoria y se irá exponiendo a lo largo de esta investigación. En el proceso

criminal nunca habrá igualdad entre las partes, menos aun cuando el procesado se encuentre prisionero y el Ministerio Público libre y con el apoyo voluntario y obligado de todas las personas particulares, así como de todas las instituciones públicas: municipales, estatales y federales.

El principio de intermediación tampoco lo cumple el Código Modelo, debido a que el juez que juzgará al procesado no es el mismo que ordenó o ratificó su aprehensión, le escuchó contestar el cargo, le impuso la prisión preventiva, lo vinculó a proceso, conoció de la acusación, depuró los puntos del debate, admitió pruebas; ese juez, con el que ha estado relacionado el procesado, con quien ha tratado, quien ha conocido de las etapas procesales de investigación, expositiva y probatoria en parte, turnará el expediente a otro juez, al que se hará cargo de la audiencia oral, que será quien, después de recibir y valorar las pruebas, dicte la sentencia. Por estas sustituciones de los órganos jurisdiccionales, es que no puede decirse que el nuevo modelo procesal cumpla con el principio de intermediación, pues el juez resolutor no ha tenido conocimiento inmediato del proceso ni ha estado inmediatamente relacionado con las partes; sólo desahogará las pruebas y dictará la resolución definitiva. Es así como se reactiva la mecanización que siempre se había tratado de evitar en el procedimiento penal.

El principio de continuidad también se ve contrariado por las figuras de la oportunidad del ejercicio de la acción penal y de la suspensión del proceso, ambas por decisión y a conveniencia del Ministerio Público, con la aquiescencia del juez de control, según lo expresamente establecido por los artículos 98, 99 y del 115 al 121 del Código Modelo.

En el artículo 8o., el Código Modelo reconoce que toda persona se presume inocente, en todas las etapas del proceso, mientras no se declare su responsabilidad en sentencia firme, y que en caso de duda se estará a lo más favorable para el imputado, así como que en la aplicación de la ley penal son inadmisibles las presunciones de culpabilidad.

El Código está muy lejos de cumplir los principios de que hace gala. En realidad, desconoce y viola la presunción de inocencia. Esto lo hace precisamente en su artículo 189, en el que admite que a solicitud del Ministerio Público o del acusador particular, el juez podrá imponer al imputado, después de escuchar sus razones, la prisión preventiva. Si en verdad presumiera su inocencia no tendría por qué privarlo de su libertad antes de que se declarara su responsabilidad en sentencia firme. Al procesado se le presume inocente, y deberá garantizársele la libertad en todas las etapas del proceso, porque así expresamente lo ordenan la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Nadie podrá ser arbitrariamente detenido ni apresado” (artículo 9), y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “Nadie

podrá ser privado de la libertad, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho” (artículo 14, segundo párrafo). Se le presume inocente y debe ser tratado como tal mientras no sea juzgado, sentenciado y encontrado culpable. El Código Modelo, violando la Declaración Universal, la Constitución federal y su propio artículo 8o., ignora la presunción de inocencia e impone al procesado la presunción de responsabilidad, al establecer, en sus artículos 186,1,a y 193, que cuando exista probabilidad de que el investigado haya cometido un delito, se le aprehenda y se le sujete a prisión preventiva.

El Código Modelo, en su artículo 186,1,a; manda que en caso de duda se esté a lo más perjudicial para el imputado; esto es así, porque dispone que si hay probabilidad de que el reo haya cometido un delito, se le imponga la prisión preventiva. Siendo que esa probabilidad, en el peor de los casos, sería equivalente a la presunción de inocencia y si por un lado es probable la comisión del delito y por el otro existe la presunción de inocencia, se genera una situación de duda, que debe resolverse en favor del reo, según expresamente lo manda el artículo 8o. del Código Modelo y, en consecuencia, prevalecería la presunción de inocencia, haciendo jurídicamente improcedente la imposición de la prisión preventiva.

La probabilidad de responsabilidad también deviene en jurídicamente inaceptable, porque expresamente la prohíbe el mismo artículo 8o.: “En la aplicación de la ley penal son inadmisibles las presunciones de culpabilidad”.

Si tenemos la presunción de inocencia por un lado y la probabilidad de la responsabilidad por el otro, y sabremos cuál de las dos figuras prevalece sólo hasta que contemos con una sentencia firme, la cuestión debe resolverse en la forma que más favorezca a la persona o que menos le perjudique; esto, en aplicación estricta de los principios *in dubio pro reo* y *pro homine*. En consecuencia, no puede decretarse la prisión preventiva, debe decretarse la libertad provisional con la condición o caución que el juez determine y que el procesado debe aportar.

En el artículo 9 expresa: “Las audiencias serán públicas”.

Eso es inexacto. Las audiencias que celebran el Ministerio Público y el juez para investigar y detener al denunciado son secretas. En las audiencias más importantes de la etapa de investigación se guarda reserva y confidencialidad respecto del indiciado y su defensor, a quienes no se les informa de actuaciones, registros o documentos que obran en el expediente o carpeta de investigación y mucho menos se les permite intervenir, contradecir ni ejercer el derecho de defensa. Esto lo autoriza el artículo 242, apartado 3, del Código Modelo, instrumento que fija un plazo de 40 días para ese

secreto procesal, confidencialidad o reserva que podrá ser ampliada por autorización del juez de garantía, órgano jurisdiccional que estará también obligado a guardar el secreto procesal, porque así se lo ordena el apartado 7 de ese numeral 242. Tampoco es pública para el procesado la audiencia en la que el Ministerio Público se entrevista con el juez para que éste libre la orden de aprehensión o imponga otras medidas cautelares, que sólo se arreglan entre el juez y el acusador. La orden de aprehensión se resuelve en audiencia privada entre el juez y el Ministerio Público, según literalmente lo dispone el artículo 187, apartado 1, del Código Modelo.

Igualmente secretas para el procesado serán las diligencias que practique el Ministerio Público en la fase de investigación, a las que convocará al procesado sólo si su presencia le resulta útil (artículo 244, apartado 3 del Código Modelo).

En el artículo 10, el Código establece que las medidas cautelares restrictivas de la libertad tienen carácter excepcional.

Contrariamente a lo anterior, en el artículo 193 ordena que la prisión preventiva, que es la medida más restrictiva de la libertad, se aplique a todos los procesados y, en el mejor de los casos, a más del 90% de ellos. Ese altísimo porcentaje corresponde a los delitos que tienen señalada pena privativa de libertad, mientras que el 100% corresponde a los que merecen pena privativa de libertad, prisión preventiva oficiosa y prisión preventiva a solicitud de parte: Ministerio Público, acusador particular y acusador popular.

El señalamiento que hace el Código Modelo en su artículo 10, en el sentido de que la prisión preventiva tiene carácter excepcional, también es falso. Para constatarlo basta tener presente que el propio Código, en su artículo 193, establece que la prisión preventiva se impondrá cuando el delito merezca pena privativa de libertad, y al analizar los delitos en los diversos códigos penales del país encontramos que más del 90% de ellos tienen señalada pena privativa de libertad. ¿En dónde entonces quedó el carácter excepcional que tanto proclaman?

En el artículo 12 declara que la defensa es un derecho en toda etapa del proceso, y que corresponde al Ministerio Público y a los jueces garantizarla. Esto es demagogia, ¿cómo puede el acusador garantizar los intereses de su contrincante que es el reo?, y ¿cómo puede hablarse del derecho de defensa y su garantía cuando el nuevo sistema procesal penal niega cualquier posibilidad de defensa, pues fomenta la unión del acusador y el juzgador para actuar secretamente, a espaldas del procesado y en su contra? Esto sucede en la etapa de investigación, en la que deciden y llevan a cabo el arraigo del procesado, detención, retención, aprehensión y prisión preventiva, así como la práctica de otras diligencias que serán utilizadas en su contra; ade-

más de que se le ocultarán actuaciones, registros, documentos, diligencias; es decir, todo; por decisión del Ministerio Público, con el aval del juez y con la autorización del Código Procesal Penal Modelo, según disposiciones expresas de sus artículos 242, apartado 3, y 244, apartado también 3.

Al indiciado se le priva de movimiento y de cualquier posibilidad de preparar su defensa, de buscar sus pruebas, de financiar su proceso, de comunicarse con sus familiares, mientras que el Ministerio Público tiene el apoyo de todos los órganos públicos municipales, estatales y federales, en términos de lo ordenado por su propia ley orgánica, así como de todos los particulares, a quienes si no colaboran les puede abrir una investigación por encubrimiento, por no colaborar con la procuración de justicia o por delitos en contra de la administración de justicia.

En el artículo 19, el Código Modelo dispone que todas las personas son iguales ante la ley y deberán ser tratadas conforme a las mismas reglas, y que los jueces deben preservar el principio de igualdad procesal y allanar los obstáculos que impidan su vigencia o la debiliten.

¿Cómo puede hablarse de igualdad cuando quienes litigan en materia penal es, por una parte el gobierno, con el auxilio voluntario y forzoso de todos los particulares, y por la otra, una persona o grupo probablemente criminal, a quien se le ha privado de su libertad y de casi todos los demás derechos fundamentales? El Ministerio Público, el juez, el acusador particular y el acusador popular unen fuerzas para investigar, detener, retener, aprisionar, acusar y castigar al procesado.

El artículo 179 señala que las medidas cautelares (entre ellas la prisión preventiva) tendrán como finalidad asegurar la presencia del imputado en juicio y los demás actos en que se requiera su presencia, garantizar la seguridad de la víctima y testigos de los hechos, así como evitar la obstaculización del procedimiento; que la resolución judicial que imponga una medida cautelar o la rechace es modificable en cualquier estado del proceso, y que en todo caso el juez o tribunal puede proceder de oficio cuando favorezca la libertad del imputado.

La presencia del procesado en el juicio se encuentra garantizada por su interés de no resultar condenado y de cualquier modo, si llegara a ausentarse del proceso, y el juicio se tramitara en su rebeldía, no se vería más perjudicado de como se ve con la prisión preventiva. La seguridad de la víctima del delito, de los testigos y de los terceros no puede ser a costa de la libertad personal del procesado; es el Estado y sus fuerzas públicas quienes deben garantizar la seguridad de todos, y es responsabilidad del órgano jurisdiccional el debido desarrollo del procedimiento. En ningún momento del proceso habrá certeza, dado que el Código autoriza al juzgador para que im-

ponga la prisión preventiva en cualquier estado del juicio, sin importar que antes la hubiera negado, la amenaza siempre penderá sobre el procesado.

La experiencia nos muestra que la prisión, tanto preventiva como definitiva, sólo contribuye al aumento de la criminalidad. La víctima no estará segura, por más que el indiciado se encuentre en prisión, pues quien se proponga causarle daño lo puede hacer más impunemente desde el interior de la prisión que desde el exterior. La seguridad de la víctima y los terceros sólo se garantizará cuando el Estado y sus dependencias cumplan sus respectivas obligaciones.

El desarrollo del proceso y el éxito de la investigación son responsabilidad del juez y del Ministerio Público, respectivamente. No pueden culpar al indiciado por sus respectivos y públicos fracasos.

La facultad para que el juez actúe de oficio cuando favorezca la libertad del imputado es una ilusión. Los jueces casi nunca han utilizado sus facultades para beneficiar a los procesados, los han visto como enemigos públicos; además, se sienten amenazados de ser denunciados por corrupción, por incompetencia, por actuar contra la administración de justicia, así que prefieren no arriesgarse y actuar como les exige el Poder Ejecutivo, o sea, reteniendo al procesado. Como ejemplo podemos mencionar el hecho que tuvo lugar la segunda semana de julio de 2011, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación, orientada por varias sentencias condenatorias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del gobierno mexicano y sus fuerzas represivas, resolvió que los militares acusados de violar derechos humanos debían ser juzgados por el fuero civil y no por el fuero militar, que únicamente los encubría. La reacción del Poder Ejecutivo Federal, en la persona del presidente de la República, no se hizo esperar, y en esa misma semana advirtió que su procuradora general, galardonada por el gobierno de los Estados Unidos de América, procedería en contra de los jueces federales respecto de quienes se consiguieran indicios de corrupción. Estos arrebatos no son nuevos en nuestro sistema, hoy sólo se invocan para fundamentar nuestra aseveración de que los jueces, para no arriesgarse a verse investigados y, en su caso, procesados, justa o injustamente, prefieren cargarle al sujeto más débil de la relación, es decir, al indiciado. Eso mismo hizo el juez vigésimo quinto de paz penal, dos semanas después de la amenaza presidencial: condenó al procesado por andar poniendo anuncios donde no debía, a 1955 años de prisión. Él no corre riesgos.

La facultad que el Código Modelo confía al juez para actuar oficiosamente en favor de la libertad del procesado finge emparejar las cosas con el mandato expreso que la Constitución federal impuso al juez de decretar oficiosamente, entiéndase forzosamente o sin solicitud de parte, la prisión

preventiva de los procesados relacionados con delitos especialmente señalados por el Constituyente y con los delitos que establezca la legislatura de cada uno de los estados que componen la Federación.

El artículo 180 prohíbe las medidas cautelares personales cuando resulten desproporcionadas en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su realización y la sanción probable. En ningún caso —estipula el Código— la prisión preventiva podrá sobrepasar la pena mínima prevista para cada delito ni exceder el plazo de dos años si no es para beneficiar la defensa del procesado.

En todos los casos la prisión preventiva es desproporcionada, porque mientras que no se tramite un procedimiento judicial que respete las formalidades esenciales, que concluya en sentencia firme que declare responsable al procesado, todo previamente a la privación de su libertad, la prisión preventiva siempre será desproporcionada y antijurídica. El indiciado es inocente y, en consecuencia, no puede verse perjudicado por un delito que aún no se ha determinado con certeza que haya sido perpetrado, y mucho menos se ha establecido, con las formalidades legales exigidas, que su realización sea responsabilidad del procesado.

En la primera parte de su artículo 189, el Código Modelo trata desesperadamente de convencernos de que impone al juez una exhaustiva serie de condiciones para la prisión preventiva, y enfáticamente señala que a solicitud del Ministerio Público o del acusador particular, y en la forma, bajo las condiciones y por el tiempo que se determina en ese Código, después de escuchar las razones del procesado, le impondrá la prisión preventiva. Esos aparentes exhaustivos requisitos se reducen a que el delito merezca pena privativa de libertad, que la merece en más del 90% de los casos. Escuchar las razones del procesado casi está de más, pues el procesado ya se encuentra detenido, por flagrancia, por caso urgente o por orden judicial. Ya obran en su contra los elementos que el Ministerio Público reunió en su contra, que motivaron la orden de aprehensión y la puesta a disposición del órgano jurisdiccional. La situación del retenido no va a modificarse por las razones que exponga ante el juez, razones que no pueden ser de mucha ayuda, pues se deben exponer durante los diez o quince minutos que el juez brinda al detenido en la audiencia, con la presión, temor, intranquilidad y desconcentración que afectan a la persona que se encuentra detenida y a quien apenas unos minutos antes se le informó de la imputación que existe en su contra, de las pruebas que le incriminan, de la oportunidad que tiene de expresar lo que a su interés convenga. Las situaciones anteriores impiden considerar como una auténtica oportunidad de defensa la precaria intervención que tiene el reo, que resulta del todo incapaz para contrarres-

tar o contradecir las actuaciones que en su contra acumularon, en las fases procesales anteriores, el Ministerio Público, sus auxiliares y el propio juez. Los mismos elementos que sirvieron al juez para ratificar la detención o para ordenarla servirán para disponer su continuación, esta vez en forma de prisión preventiva.

En su segunda parte, el artículo 189 establece que el Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando algunas 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 se encuentre siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

El Ministerio Público tiene asegurada la procedencia de su solicitud, en virtud de que la seguridad de la víctima, los testigos y la comunidad se encuentran en constante riesgo, claro que no por causas imputables al procesado, sino por la incapacidad del Estado para brindar la seguridad que está obligado a proporcionar a toda la población. ¿Cómo puede justamente castigarse al procesado por el hecho de que la investigación no se desarrolle exitosamente?, cuando en ella él no interviene; es más, ni siquiera ha sido notificado de que tal investigación existe, pues la llevan en secreto el Ministerio Público y el juez, binomio del poder, que es el único responsable del desarrollo de dicha fase procesal. El discurso que maneja el Código Modelo y otros ordenamientos jurídicos, en el sentido de que la prisión preventiva tiene como principal objeto garantizar la presencia del procesado en el juicio, para que así se pueda defender, y de esa manera se le garantice su derecho de defensa, es insostenible debido a que es precisamente la prisión preventiva la que priva al prisionero de todos los derechos de defensa, pues le impide buscar y conseguir pruebas, tener la concentración necesaria para preparar sus intervenciones ante el juez; le priva de movimiento y de la libertad de tránsito, entre otras cosas, indispensables para realmente participar en el proceso. Quien se encuentra prisionero está imposibilitado para intervenir debidamente en el proceso; la prisión le arrebató todas las condiciones físicas, anímicas y sociales que requiere cualquier litigante, más aun en la materia penal, en donde el objeto litigioso o pretensión es la libertad personal. Miente quien dice que la prisión garantiza el desarrollo del proceso; en realidad es la negación de la relación procesal. Sobre estos temas volveremos más adelante.

Bastará al Ministerio Público negar que exista otra medida suficiente para garantizar todos los bienes que, como condición para el otorgamiento

de la libertad provisional bajo caución, exigen la Constitución federal y el Código Modelo, para ganar la partida, ya que con el argumento negativo que le facilitan ambos ordenamientos jurídicos invertirá el deber de probar, que originalmente le obligaba, pero como la Constitución y el Código modelo elaboran la hipótesis en sentido negativo, no hay otras medidas, la carga de la prueba se invierte por el argumento negativo, y la dejan caer sobre el procesado, quien, para salir de prisión tendrá que probar que sí hay otras medidas para garantizar el desarrollo del proceso, la seguridad de la víctima, los testigos, los peritos, los terceros, la sociedad, bienes que ningún Estado del mundo, tampoco el mexicano, ha podido proteger, y que ahora pretenden que los garantice el indiciado.

En el diverso artículo 193 del Código Modelo, que va a tratar de imponerse a todos los estados de la Federación, aparece que sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva, medida que deberá ser proporcional a la pena que pudiera llegar a imponerse, sin que pueda ser superior a dos años. El Código Modelo ya consiguió sustituir al modelo procesal penal anterior en varios estados de la Federación;²¹ lo logró, gracias a la labor conjunta de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, formada por presidentes, magistrados y jueces de los tribunales superiores de justicia de todos los estados de la Federación, y a su grupo de trabajo; organizaciones que se han encargado de cristalizar las reformas que en materia de derecho penal procesal se hicieron a la Constitución, en 2008.

El artículo 194 del Código Modelo dispone que para decidir si está garantizada la comparecencia del imputado en el proceso y la protección de víctimas, testigos y la comunidad, el juez tomará en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias: a) la existencia de antecedentes penales, b) el arraigo en el lugar del juicio, c) la magnitud de las penas que podrían imponerse, d) la magnitud del daño que debe ser resarcido, e) el comportamiento del imputado durante el proceso, f) la inobservancia de medidas cautelares anteriores, g) el desacato a citaciones, h) la amenaza a medios de prueba, i) el peligro para la salud, la tranquilidad o la seguridad de la víctima, por las circunstancias del hecho, j) la posible influencia para que testigos, peritos o computados declaren falsamente o dejen de declarar, y k) que el procesado esté siendo juzgado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. Este artículo, además de desconocer la presunción de inocencia, incorpora algunos elementos ajenos al proceso actual, como son los

²¹ El Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación ya está aplicándose en Baja California, Chihuahua, Durango, México, Morelos, Oaxaca y Zacatecas.

antecedentes penales, los procesos terminados o pendientes distintos a aquel en el que va a resolverse la cuestión de la prisión preventiva, todos ellos son extraños a la causa que se juzga y, en consecuencia, no tienen por qué pesar en el juicio que sobre la prisión preventiva va a emitirse en el procedimiento actual. Los antecedentes penales, la cosa juzgada y la litispendencia, como lo propone el código modelo, violan el principio *ne bis in idem* (no dos veces sobre lo mismo), en virtud de que a los mismos hechos que fueron materia de otro proceso los utilizarán el Ministerio Público y el juez, por segunda ocasión, esta vez para decretar la prisión preventiva, ignorando que, en su caso, la misma falta no puede generar dos castigos. El Código Modelo es incongruente con lo que preceptúa en su propio artículo 20. El arraigo en el lugar del juicio, la amenaza a medios de prueba, la tranquilidad de la víctima, la posible influencia sobre otros sujetos procesales, son cosas tan subjetivas que el juez puede, a partir de su análisis, llegar a cualquier conclusión, y tomando en cuenta la experiencia, junto con el dato de que los jueces condenan al 95% de los procesados, no queda más que admitir que la subjetividad de estas circunstancias va a ser aprovechada por los órganos jurisdiccionales para imponer la prisión preventiva. En lo que se refiere a la magnitud de las posibles penas y de los daños, si admitimos que sean tomados en cuenta para determinar la prisión preventiva, entonces estaríamos considerando como acreditada plenamente la responsabilidad del procesado, aun cuando no ha sido juzgado, y su presunción de inocencia tampoco ha sido jurídicamente quebrantada.

En el artículo 195, señala:

El juez, aun de oficio, impondrá la prisión preventiva si se cumplen los requisitos previstos en los artículos precedentes, en los casos que se investigue homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos y delitos contra el libre desarrollo de la personalidad.

Puntualiza que sólo podrán ser considerados delitos cometidos por medios violentos los siguientes: homicidio doloso, secuestro, desaparición forzada de personas, tortura, robo cometido con armas de fuego. Se considerarán delitos contra el libre desarrollo de la personalidad: trata de personas, pornografía y lenocinio, estos dos últimos en agravio de menores de edad.

Esta cuestión de la oficiosidad de la prisión preventiva que la Constitución y el Código Modelo le ordenan al juez ha sido considerada por un sector como una obligación del juez de decretar la prisión preventiva cuando se investiguen los delitos que se relacionan, mientras que otro sector considera

esa oficiosidad como la posibilidad de que el juez, sin petición, decreta la prisión preventiva. Ambas consideraciones son igual de violatorias de derechos humanos, así como de las reglas básicas del sistema penal acusatorio. Veamos por qué.

Si aceptamos la oficiosidad del juez para decretar la prisión preventiva, estaríamos violando el principio fundamental del sistema acusatorio penal, consistente en que el juez no puede asumir funciones de parte, en este caso de la acusadora, porque el rasgo característico del sistema acusatorio es la neutralidad del juez y la prohibición de que vaya más allá de lo que le pidan las partes, principios y características esenciales que se verían atropellados por la decisión oficiosa o forzosa del juez sobre una de las principales instituciones del proceso penal, que es la prisión preventiva. Si consideramos que la oficiosidad que la Constitución manda al juez no es forzosa, sino que se refiere a que el juez prescinda de la solicitud de parte para resolver la prisión preventiva en los casos que expresamente se señalan, tendremos que aceptar que el juez se ha convertido en acusador, estaría ejerciendo funciones propias y exclusivas del Ministerio Público y de la policía, consistentes en el aseguramiento de los probables responsables, estaría ordenando y decidiendo sin instancia de parte, con lo que negaría la esencia del auténtico modelo acusatorio. En ambos casos el juez estaría contrariando instituciones fundamentales del sistema acusatorio; en el primer caso también perdería la jurisdicción que le habrían arrebatado el Constituyente y los legisladores secundarios, en lo que a la prisión preventiva se refiere. En el segundo supuesto, consistente en que el juez puede actuar sin instancia de parte,²² estaríamos reconociendo que la reforma constitucional de 2008, en realidad impuso el sistema inquisitivo penal, de ninguna manera el acusatorio, que la reforma de 2008 es más violatoria de los derechos humanos de lo que era el sistema anterior.

El numeral 203 dispone: “El juez de oficio o a petición de parte y en cualquier estado del proceso, revisará, sustituirá, modificará o cancelará las medidas cautelares de carácter personal y las circunstancias de su imposición, cuando hayan variado las condiciones que justificaron su imposición”. El comentario que se vertió para el artículo 195 aplica para este dispositivo 203.

En el artículo 204 establece que la prisión preventiva finalizará cuando nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la

²² Este segundo criterio lo adoptó el estado de Durango, y el maestro Hesbert Benavente Chorres lo considera acertado, según puede verse en *El amparo en el proceso penal acusatorio y oral*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2010, p. 241. Por contrariar los fundamentos del sistema procesal penal acusatorio, tanto el legislador de Durango como el maestro Hesbert están equivocados.

fundaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida; cuando las condiciones personales del imputado se agraven de tal modo que la prisión preventiva se traduzca en tratos crueles, inhumanos o degradantes.

El primer supuesto de este artículo 204 es una ilusión, tan irrealizable como el desvanecimiento de datos, la libertad que ha de ordenar el carcelero cuando en el plazo legal no reciba el auto de formal prisión o el de vinculación a proceso, o como el de reconocimiento de inocencia. La facilidad con que se impone la prisión preventiva contrasta con la dificultad para revocarla.

El segundo supuesto se actualiza en todos los casos, y vemos que para ninguno de ellos finaliza la prisión preventiva. México es uno de los países más acusados y condenados internacionalmente por los tratos crueles, inhumanos y degradantes que propina a los internos en sus centros penitenciarios federales y estatales.

El juez de control sólo legitima las violaciones de derechos fundamentales que llevan a cabo la policía, el ejército, la marina y el Ministerio Público, en las fases previas al juicio.

En el nuevo proceso penal se intenta responsabilizar y castigar al ciudadano por culpas del Estado. Se le niega la libertad provisional bajo caución, porque el gobierno, con todo y sus ministerios públicos, jueces, policía y demás cuerpos represivos, es incapaz de garantizar la eficiencia y la eficacia del Ministerio Público, de los jueces, de la policía; por eso ordenan que el indiciado se quede preso mientras no estén garantizados la investigación, el proceso y la seguridad de la sociedad.

Se utilizará al juez de control para que convalide los actos violatorios de derechos fundamentales, que perpetran los cuerpos represivos: marinos, militares, policías y ministerios públicos; quienes escapan al control civil.

V. CONCLUSIONES

El nuevo proceso penal acusatorio creado por el constituyente mexicano en 2008, ¿garantiza el acceso a la justicia o cumple con el debido proceso? Al:

- Ordenar actuaciones secretas.
- Ordenar la subordinación del juez al Ministerio Público (acusador).
- Ordenar la prisión preventiva (oficiosa para algunos casos, para otros aplicable a los delitos que merezcan pena privativa de libertad —que son el 93% de los previstos por los códigos penales— y para el resto de los casos a petición del Ministerio Público, cuando éste

niegue que existan otras medidas para proteger el procedimiento, a la víctima del delito y a la seguridad pública).

- Negar el derecho de audiencia.
- Negar el derecho a probar.
- Condenar antes de juzgar.
- Eliminar el concepto mismo de proceso.

La respuesta es un contundente ¡no!