

EL GARANTISMO Y LOS DERECHOS HUMANOS EN LA REFORMA PENAL CONSTITUCIONAL

Rogelio LÓPEZ SÁNCHEZ

Sumario: Introducción; 1. Caracteres fundamentales del garantismo penal; 2. La reforma penal mexicana: pinceladas de garantismo y retrocesos específicos; Conclusiones; Bibliografía.

Introducción

Actualmente, el sistema penal mexicano se encuentra en franco agotamiento del cual es necesario y urgente que se renueve. El 18 de junio de 2008, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, las reformas constitucionales en materia penal. Al parecer, había un consenso entre los legisladores, el paradigma de la procuración y administración de justicia en nuestro país está en crisis y las soluciones (bien debatidas dentro de las Cámaras del Congreso de la Unión) lograron plasmar puntos de acuerdo comunes que se vieron reflejados en la última redacción del Decreto publicado: la consagración de un sistema penal acusatorio, aunque con ciertos claroscuros (que detallaremos en el apartado respectivo).

Desde la academia, creemos que este resulta ser buen momento para aportar nuestra visión y perspectiva sobre uno de los sistemas que en México y en muchos países en vías de desarrollo, cuentan con el menor grado de legitimidad respecto de sus fundamentos filosóficos, políticos y jurídicos, como bien lo sostendría Luigi Ferrajoli en relación con la experiencia italiana. Nos encontramos en una época de incertidumbre, de desasosiego por la crisis alarmante de inseguridad pública que se ha desatado a raíz del combate al crimen organizado y la lucha de las fuerzas públicas en contra del narcotráfico. La militarización de la seguridad pública para el combate hacia estos grupos, se ha convertido en uno de los puntos sensibles y finos de esta “guerra” emprendida hace años por el gobierno federal. La gran paradoja acude a la mente de cada uno de nosotros: seguridad o libertad. Resulta complicado resolver, a modo de metáfora de pacto social hobbesiano, cuál será la mejor solución, sin duda alguna, lo que pretendemos en este artículo, es precisamente explicar como en un Estado Constitucional es necesario conservar el equilibrio entre la seguridad

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

nacional y el respeto a los derechos fundamentales como presupuesto básico de la democracia.

El propósito inicial de nuestra breve contribución es, en primer lugar, elaborar un estudio sobre el modelo garantista del derecho penal, a partir de las contribuciones y la lectura que ha hecho el jurista florentino sobre el modelo liberal ilustrado del derecho penal, destacando sus caracteres principales desde una perspectiva iusfilosófica. De igual manera, haremos hincapié en los principios fundamentales o esenciales que deben existir en todo modelo acusatorio en contraposición a los modelos autoritarios, así como la defensa de un derecho penal mínimo, en contraste con el modelo máximo de tipificación de conductas. En la segunda parte, realizaremos un breve recuento de las necesidades y realidades sociales que propiciaron la reforma penal. De igual manera, haremos referencia a los caracteres de la justicia penal, que por mucho tiempo sostuvo el modelo mexicano, en relación con el sistema inquisitivo, autoritario, propio de un régimen político que no admitía contrapesos y una interpretación judicial en contra del respeto a los derechos y garantías fundamentales del debido proceso. Nos concentraremos en defender los atributos positivos de la reforma constitucional penal en nuestro país; de igual manera, realizaremos un análisis crítico de algunos puntos en específico, que sin duda alguna, representan retrocesos, en contraste con el sistema acusatorio en el que se inspira la misma reforma. Haremos patente las circunstancias y necesidades inmediatas que estamos viviendo, como la crisis de inseguridad pública y la innumerable cantidad de víctimas ante la necesidad del Estado de garantizar los derechos fundamentales tanto de los acusados y de las víctimas del delito.

1. Caracteres fundamentales del garantismo penal

La filosofía de la ilustración trajo consigo aportes fundamentales para la actual concepción del Estado de Derecho y el moderno Estado Constitucional. Esta idea tuvo una enorme influencia de las distintas corrientes iusnaturalistas del siglo XVII en Inglaterra¹ y el aporte de las distintas versiones de la filosofía contractualista². De

¹ El iusnaturalismo racionalista o moderno replanteó un conjunto de aspectos que tienen que ver con las relaciones entre los particulares y el mismo Estado. Entre los rasgos que caracterizaron a este periodo destacan: el proceso de secularización y racionalización del derecho, la idea de la autonomía de la voluntad y de derecho subjetivo, el surgimiento de la burguesía como clase dominante, la codificación del derecho privado, el proceso de positivación y coactividad del derecho, la tolerancia, y la distinción del derecho y la moral. *Cf.* PECES BARBA, MARTINEZ, Gregorio, “Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales: El Derecho como Ley y el derecho subjetivo”, Cap. I, vol. I, T. I, en *Historia de los derechos fundamentales*, VV. AA. PECES BARBA, M. Gregorio, FERNANDEZ GARCÍA, Eusebio, *et. al.* (coords.), Madrid, Dykinson, 2001, pp. 225 y ss. Para algunos autores, la corriente del siglo XVIII de la ilustración jurídica de la Europa continental, presenta características muy similares a la ilustración jurídica que se presenta en Bretaña durante el siglo XVII y posteriores. “La idea de que la tarea de los jueces consiste en interpretar la ley mediante su aplicación, reservando la tarea de su creación en otras instituciones, y la defensa del valor de certidumbre del Derecho ya se estaban configurando en el siglo XVII”. DE PÁRAMO ARGUELLES, Juan

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

esta forma, los ciudadanos reconocían al Estado como el protector de esos valores y principios fundamentales para la necesaria y pacífica convivencia en sociedad. Con el paso del tiempo, esos valores se convirtieron en los derechos a tutelar por antonomasia en las Cartas Fundamentales, y que incluso, siguen existiendo hasta la actualidad, tales como la vida, la dignidad humana, el libre desarrollo a la personalidad, la igualdad, la libertad y la propiedad.

Desde esta perspectiva, la ilustración tuvo también una enorme repercusión en el derecho penal, ya que se abordan temas esenciales relacionados con los límites impositivos y permisivos a los derechos fundamentales a través del poder punitivo o ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado. Uno de los principales representantes de la ilustración italiana, Cesare Beccaria, defendía la propuesta de la intervención del Estado a través de su facultad coactiva para la represión de conductas tendientes a dañar los bienes jurídicamente tutelados, en este punto es donde sustentaría su idea de un derecho penal mínimo. La tesis sostenida por los partidarios de la ilustración fueron básicamente los siguientes:³

Plena secularización del derecho y de las instituciones políticas, no sólo en el sentido de una emancipación de la teología y, por tanto, de un abandono de la tradicional ecuación entre delito y pecado, entre pena y penitencia, sino también en el sentido de concebir a esas instituciones como un puro artificio humano, como una construcción deliberada de los individuos y no como la manifestación de la voluntad divina o de algún misterioso designio histórico.

De igual manera, destaca como un logro primordial, el establecimiento y consagración del principio de legalidad como límite al propio legislador, a través de la precisión, claridad y taxatividad de los tipos penales. La consagración del moderno Estado de Derecho retomó cada uno de estos principios, lo cual logró ser

Ramón, “La Ilustración británica”, en *El contexto social y cultural de los derechos. Rasgos generales de evolución*, Cap. III, vol. I, tomo II, Siglo XVII, *Historia de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 297

² La teoría del contrato social nace a partir de las ideas del filósofo inglés Thomas Hobbes, quien partía de la idea de una visión negativa de la naturaleza humana, explicando que el fin del Estado se reducía a brindar seguridad a cambio de que los individuos cedieran cada uno de sus derechos y libertades a un órgano artificialmente creado al que denominó Leviathan. Para algunos teóricos, la teoría del contrato social podemos sistematizarla en tres procesos, los cuales son los siguientes: la *teoría del contrato social absolutista, la liberal y la democrática*. Del lado de la versión absolutista se hallan pensadores como: H. Grocio, S. Pufendorf, T. Hobbes, y B. Spinoza, por otra parte, John Locke representa la teoría del contrato social liberal, concluyendo con Immanuel Kant y Rosseau, dentro de la teoría del contrato social democrático. FERNANDEZ GARCÍA, Eusebio, “La aportación de las teorías contractualistas”, en *La filosofía de los derechos humanos*, Capítulo VI, Volumen II, Tomo II, Siglo XVII, *Historia de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 21.

³ GREPPI, Andrea, “La ilustración italiana”, Cap. IV, vol. I, tomo II, Siglo XVII, en *Historia de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 349.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

plasmado en los principales textos fundamentales de los tres principales modelos o paradigmas de derechos humanos: el inglés, el americano y el francés.

Durante el siglo XX, el excesivo culto al positivismo jurídico convertido a formalismo jurídico, condujo a la experiencia de los regímenes totalitarios, como el nacionalsocialismo y el fascismo, ocasionando sin duda alguna, una de las crisis del Estado de derecho más severas de la historia, pues ya no era suficiente cumplir con la legislación positiva, sino que era necesaria la satisfacción del principio de justicia material, así como la concepción de derechos fundamentales a partir de un orden objetivo de valores⁴.

Debido a lo anterior, fue necesario el replanteamiento del modelo de garantías y derechos existentes. Fue a partir de la segunda posguerra cuando comienzan a surgir las ideas que forjarán y darán nacimiento al moderno Estado Constitucional. Entre los caracteres elementales de este nuevo modelo destacarán: el reconocimiento de la dignidad humana como presupuesto básico fundante del Estado, la libertad, la igualdad, los principios relativos a la estructura y los fines del Estado Democrático y Social de Derecho⁵. De igual forma, para su debida aplicación, surgirá un nuevo modelo constitucional caracterizado por los elementos siguientes: la concepción de derechos fundamentales a partir de principios consagrados en los textos fundamentales, el empleo de instrumentos como el principio de proporcionalidad y juicio de ponderación en la restricción o colisión de derechos fundamentales, la omnipresencia de la Constitución en la mayor parte de las áreas jurídicas, el carácter extensivo de la actuación judicial y la existencia de un conjunto de valores en las Constituciones de los Estados.⁶

Actualmente, el garantismo penal es heredero de la tradición ilustrada a la que hemos hecho referencia líneas arriba. La idea básica que dilucidaremos en el presente apartado, son los límites constitucionales que pueden ser impuestos al legislador o a los operadores jurídicos, al momento de aplicar la legislación vigente. Tal supuesto lo representaría por ejemplo, el principio de proporcionalidad y el juicio de ponderación en la imposición de límites a los derechos y libertades

⁴ HESSE, Konrad, “Significado de los derechos fundamentales”, en VV. AA. *Manual de Derecho Constitucional* (Presentación de Konrad Hesse, edición, prolegómeno y traducción de Antonio López Piña), Marcial Pons-Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid, 2006, pp. 83 y ss. *Vid.* ALEXY, Robert, “Justicia como corrección” en SEOANE, José Antonio (ed.), *La institucionalización de la justicia*, Comares, Granada, 2005, pp. 55-67.

⁵ *Cf.* ALEXY, Robert, “Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático” en VV. AA. CARBONELL, Miguel (ed.) *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2003, p. 31.

⁶ *Vid.* ALEXY, Robert, “Sistema jurídico y razón práctica” en *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 159 -177; “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica” en *Doxa*, 1988, pp. 139-151; M. CRUZ, Luis, *La Constitución como orden de valores. (Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo)*, Comares, Granada, 2005.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

fundamentales, a partir de la tipificación de conductas a través del aparato coercitivo del Estado o el establecimiento de tipos penales por el legislador. De esta manera, la idea de reforma constitucional en materia penal entonces, involucrará el cumplimiento de los requisitos antes apuntados.

Uno de los principales expositores del modelo del garantismo penal, el italiano Luigi Ferrajoli, ha interpretado este modelo a partir de la concepción de un derecho penal mínimo, donde se establezcan las garantías necesarias para mantener el equilibrio entre seguridad y el respeto a los derechos fundamentales en el proceso penal. De tal forma, el modelo garantista presenta diez condiciones, límites o prohibiciones como garantías del ciudadano contra el arbitrio o el error penal, ante el modelo autoritario de derecho penal:

No admitir la imposición de alguna pena sin que se produzca la comisión de un delito, su previsión de la ley como delito, la necesidad de su prohibición y punición, sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción criminosa, la imputabilidad y la culpabilidad de su autor y, además, su prueba empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial en un proceso público y contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos⁷.

Este modelo pretende establecer límites desde dos planos: uno procesal y el otro sustancial. El derecho penal mínimo seguirá entonces los parámetros de la racionalidad y certeza, teniendo como función primordial que las intervenciones a la vida de los gobernados puedan ser en cierto modo previsibles y estén motivadas conforme a derecho. Entonces, el derecho penal mínimo se explica a partir del principio de lesividad, el cual señala que “la conducta objeto de reproche genere efectivamente un daño tangible para el bien tutelado, que implique una lesión para terceros”⁸. La intervención del derecho penal estaría justificada entonces, cuando supere los siguientes pasos argumentales:

Existencia de un bien digno de protección e idoneidad de la reacción penal, necesidad de dicha reacción como opción menos gravosa para alcanzar con eficacia la tutela que se procura y, por último, balance razonable entre los inevitables costes de toda pena y los beneficios que pretenden alcanzarse con ella o, como suele decirse, principio de proporcionalidad en sentido estricto.⁹

El garantismo entonces, debe procurar la satisfacción de ciertas garantías y derechos básicos durante el proceso penal. Ejemplo de ello lo constituye el respeto al debido proceso y todo lo que este implica, como el derecho a ser oído ante un juez imparcial, el derecho a un recurso judicial efectivo, el derecho a aportar pruebas para defender

⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón (Teoría del Garantismo Penal)*, Trotta, Madrid, pp. 104-105.

⁸ SANCHÍS, Luis Prieto, “La limitación constitucional al legislador penal”, en PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 271.

⁹ *Ibid.*, p. 272.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

la inocencia, el principio de presunción de inocencia, derecho al juzgamiento en un plazo razonable, el derecho a que la sentencia en la que se establezca la pena se encuentre debidamente motivada (principio de razonabilidad) así como la ejecución de la misma, derecho a recurrir la sentencia, entre otros más¹⁰.

Por otra parte, la ejecución del proceso penal debe seguirse conforme a ciertos principios técnicos, propios de un sistema acusatorio, tales como la oportunidad, la publicidad, la oficialidad, la inmediación, la inmediatez, la oralidad, la contradicción y defensa, de libre valoración de la prueba y la contradicción¹¹.

Ahora bien, líneas atrás abordamos el punto de la intervención mínima del Estado a través del derecho penal. Sin embargo, debemos realizar ciertas precisiones relacionadas con la protección de los bienes tutelados y la necesidad de encontrar criterios efectivos que nos permitan determinar el balance razonable entre pena y lesión a los bienes jurídicos tutelados. Durante la última parte del siglo pasado se ha discutido si el empleo de los principios de proporcionalidad y ponderación por el legislador y los operadores jurídicos, como instrumentos para establecer los límites permisibles de restricción a los derechos fundamentales a través de la creación legislativa o el dictado de sentencias son legítimos y racionales. Hasta ahora, países como Alemania, España, Colombia, Perú y otros más, emplean estos instrumentos para el control constitucional de los tipos penales y la imposición de sanciones.

Dada la naturaleza de los derechos fundamentales que se encuentran en conflicto ante la situación descrita en el párrafo anterior, se vuelve necesario el empleo del principio de proporcionalidad y el juicio de ponderación como técnicas para establecer de manera objetiva cuando una tipo o sanción es ilegítima. Lo anterior funciona de manera muy sencilla. Tal y como lo advierte Alexy, un derecho fundamental será concebido como un principio, y a su vez, éste como un mandato de optimización que requerirá que algo se realice con la mayor amplitud posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas¹².

De igual manera, los derechos fundamentales representan por antonomasia, lo constitucionalmente posible, mientras que lo constitucionalmente imposible es aquello que se deriva de la faceta negativa de los derechos fundamentales, y consistirá en prohibición de que la ley penal intervenga en exceso en el derecho al libre desarrollo a la personalidad, en la libertad personal y en los demás derechos del individuo. Entonces, concluye, BERNAL PULIDO, que lo constitucionalmente

¹⁰ ALFREDO GOZAÍNI, Osvaldo, *Derecho procesal constitucional: El debido proceso*, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, Argentina, 2004.

¹¹ *Vid.* GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Panorama del proceso penal*, Porrúa, México, 2004; HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, *Programa del derecho procesal penal*, Porrúa, México, 2004.

¹² ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre la teoría de los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, (Presentación y traducción de Carlos Bernal Pulido), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 93; *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Político Constitucionales, Madrid, 2008 (1ª reimp. de la 2ª ed.)

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

posible, es “aquello que tiene cabida dentro de los márgenes de acción del legislador, es decir, aquello que no está decidido ni prefigurado por la Constitución, el espacio que se abre a la política criminal y punitiva de la democracia”¹³.

Es decir, en la solución de conflictos dependerá directamente del grado de complejidad en cada contexto y situación particular. La posibilidad jurídica significa el grado de maniobra que permite el derecho en cuestión acorde al principio *pro homine* de derechos fundamentales, tratando de satisfacer, en la medida de lo posible, las necesidades reales e inmediatas existentes en el conflicto constitucional por resolver.

El principio de proporcionalidad se descompone en otros subprincipios a saber: la *idoneidad*, la *necesidad* y la *proporcionalidad en el sentido estricto*. Así las cosas, cuando se pretenda resolver algún caso sobre la restricción o limitación de derechos fundamentales, se deberá realizar un test de proporcionalidad y razonabilidad a cada situación específica, respetando siempre el contenido esencial de los derechos fundamentales en cuestión. Para lo anterior, es necesario seguir el siguiente procedimiento:

Cualquier medida que pretenda restringir o limitar un derecho fundamental debe cumplir con los siguientes requisitos: a) debe perseguir un *fin constitucionalmente legítimo*; b) debe ser *adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin* perseguido; c) debe ser *necesaria*, es decir, suficiente para *lograr dicha finalidad*, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado; y, d) debe *estar justificada en razones constitucionales*¹⁴. Por otra parte, el test de razonabilidad se refiere a que los actos del poder público que restrinjan o limiten un derecho fundamental, deberán sujetarse a los cánones del sentido común generalmente admitidos, es decir, que tal limitación no sea absurda o como bien lo establece el principio, irracional¹⁵.

Los anteriores criterios tienen íntima relación con el núcleo o cláusula del contenido esencial de los derechos fundamentales. Esta cláusula se refiere directamente a la

¹³ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, “El principio de proporcionalidad en la legislación penal”, en BERNAL PULIDO, Carlos, *El derecho de los derechos (Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales)*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2008, p. 129.

¹⁴ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales (El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador)*, (Prólogo de José Luis Cascajo), CEPC, Madrid, 2007; “Estructura y límites de la ponderación” en *Doxa*, no. 26, 2003, pp. 225-238. Algunos afirman que los orígenes de este principio se remontan al derecho anglosajón con el principio de razonabilidad. Vid. CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad*, Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 1998; MARTÍNEZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

¹⁵ Cfr. DIEZ PICASO, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Civitas, Navarra, 2005, p. 115. (2ª ed.).

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

esencia por medio de la cual un derecho adquiere sentido. Fue plasmada por primera vez en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en su artículo 19.2¹⁶, seguida por la Constitución Española de 1978, en su artículo 53.1¹⁷. Conforme a criterios doctrinales, se ha definido como aquel ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Se convierte en un límite infranqueable a la actuación tanto de los poderes legislativo y ejecutivo, e implica necesariamente la existencia de contenidos limitadores susceptibles de extraer del significado de las normas.¹⁸

En resumen, el contenido esencial del derecho fundamental es respetado cuando la limitación se encuentra justificada, el límite es constitucionalmente correcto cuando se justifica razonablemente en la necesidad de preservar otros bienes constitucionalmente protegidos. De esta forma, el legislador únicamente puede establecer restricciones en la parte accesorio del derecho fundamental.¹⁹ Existen dos teorías que explican el contenido esencial de los derechos fundamentales, una relativa y otra absoluta. La teoría relativa explica que el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación, por lo que esta garantía se reduce al principio de proporcionalidad y la teoría absoluta señala que existe un núcleo de cada derecho fundamental, que en ningún caso puede ser afectado²⁰.

Asimismo, también existe el principio de protección deficiente (*Untermassigverbot*) consiste, o se desarrolla a partir del supuesto en que las omisiones legislativas, que no ofrecen un máximo nivel de aseguramiento de los derechos de protección,

¹⁶ Sobre la **restricción de los derechos fundamentales**: (2) *En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial.*

¹⁷ Artículo 53.1. *Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a),*

¹⁸ Cfr. DE ASÍS, Rafael, *El juez y la motivación en el derecho*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 103-107.

¹⁹ Cfr. MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 22.

²⁰ Vid. HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, (traducción de Joaquín Brage Camazano), Dykinson, Madrid, 2003. Desde una óptica jurisprudencial, la Corte Constitucional Colombiana ha definido el contenido esencial de un derecho subjetivo como *aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito, el cual puede determinarse complementariamente a partir de lo que se denomina intereses jurídicamente protegidos, de modo que se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticables lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.* Sentencia No. T-426/92, párr. 25. Consultar también del mismo Tribunal: T-047/95, Sentencia No. T-426/92, T-044/95. Ver también: Sentencia No. T-426/92, párr. 23 y ss.; No. SU-250/98, párr. 1.2. Sentencia No. T-426/92, párr. 23 y ss.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

constituyen violaciones a estos derechos. De tal forma, una abstención legislativa o una norma legal que no proteja un derecho fundamental, “vulnera las exigencias del principio de necesidad cuando existe otra abstención u otra medida legal alternativa que favorezca la realización del fin del Congreso por lo menos con la misma intensidad”.²¹

Ahora bien, es sabido que nuestra Constitución Política tiene una extensión bastante considerable en lo que se refiere al vasto contenido de reglas y principios contenidos en ella, dado que no expresa contenidos mínimos, sino que en ocasiones pretende regular al máximo incluso conductas. He ahí el principal problema de la reforma constitucional en materia penal, que desde nuestra perspectiva, dificulta el empleo de criterios objetivos y razonables para establecer cuando una norma satisface los criterios de proporcionalidad y razonabilidad antes descritos, ya que esto implicaría declarar inconstitucional un mismo precepto constitucional. Uno de los ejemplos que habremos de abordar en líneas subsecuentes es el arraigo, que puede prolongarse por incluso 80 días. Tomando en cuenta que es la Constitución la que limita el derecho fundamental y el marco de un sistema “garantista” de corte acusatorio y que pretende la oralidad; y más aún, que se trata de una medida cautelar, en la que ni siquiera se ha determinado la presunta culpabilidad del indiciado, esto contraría de manera abierta los principios de presunción de inocencia en el marco del debido proceso, pero que sin embargo, esa reglamentación la establece la misma Constitución. Por otra parte, el problema de la inconstitucionalidad de las normas contenidas en el texto fundamental podemos hallarlo en lecturas como la de Otto Bachof, quien planteaba que existen principios fundamentales que incluso el constituyente permanente tiene la obligación de respetar, entre los que se encuentran los bienes y valores jurídicos fundamentales como la vida, la dignidad humana, la igualdad y la libertad.²²

2. La reforma penal mexicana: pinceladas de garantismo y retrocesos específicos

Iniciamos el presente apartado con una interrogante: ¿Qué es lo que motivó a los legisladores llevar a cabo la reforma constitucional en materia penal? Existen muchas respuestas, todas ellas podemos decir que son válidas, pues existió un amplio consenso y ánimo en los legisladores al momento de aprobarla. La mayor parte de los grupos parlamentarios de la Cámara de Origen participaron en las primeras iniciativas sobre la reforma penal.²³ A pesar de la variada participación y

²¹ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, “El principio de proporcionalidad en la legislación penal”, *op. cit.*, p. 142.

²² Cfr. BACHOF, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Palestra, Lima, 2008.

²³ La historia de la reforma constitucional en materia penal es bien sabida, aunque valdría la pena recordar algunos antecedentes importantes ocurridos durante el proceso legislativo. Las propuestas comenzaron con el proyecto de reforma de 29 de septiembre de 2006, en la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, con el Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional, al artículo 20 constitucional. Posterior a ello, el 19 de

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

diversidad de propuestas, creemos que en el fondo todas perseguían una finalidad común: una respuesta a la crisis de seguridad pública que afecta gravemente a nuestro país.

Para muestra, basta una de las muchas estadísticas negativas al respecto.

- De cada 100 delitos que se cometen en México, sólo se denuncian 25.
- De los 25 ilícitos que sí se reportan, sólo se concluye la investigación en 4.55, poniéndose a disposición de los jueces sólo a 1.6.
- De ese 1.6 del fenómeno delictivo que llega ante un juez, 1.2 llega a sentencia, condenándose a 1.06.
- De ese 1.06 condenado, .66 reciben menos de tres años de prisión (que en algunos casos puede conmutarse con pena no privativa de libertad) y .4 recibe más de dos años de prisión²⁴.

Sin que suene a eufemismo, el corazón de la impunidad radica en las actuaciones que a diario lleva a cabo el ministerio público en su fase investigadora. Y es que resulta complicado entender la necesidad y exigencia de la sociedad civil que a diario clama por un derecho a una tutela de justicia efectiva, mientras que las personas indiciadas también hacen lo mismo, exigiendo el respeto del derecho al debido proceso. Ambas partes, y aunque parezca kafkiano, tienen razón. Definitivamente, el problema parece bastante complejo, ya que ambas partes en el proceso se encuentran en franca desventaja frente a la autoridad investigadora y judicial.

Respecto a la autoridad investigadora, podemos referirnos por ejemplo a las actuaciones llevadas a cabo por la autoridad ministerial en ejercicio de su función investigadora y que son de buena fe, ya que detentan la representación de la

diciembre de 2006, se presentó la iniciativa de reforma a los artículos 14, 16, 17, 18, 19, 20 y 21, de los Grupos Parlamentarios de los Partidos Revolucionario Institucional, Acción Nacional, de la Revolución Democrática y Verde Ecologista de México. De inmediato, la Mesa Directiva en esa misma fecha, mediante oficio número D.G.P.L. 60-II-3-260, acordó que se turnara a la Comisión de Puntos Constitucionales, con opinión de la Comisión de Justicia. El 6 de marzo de 2007, se presentó por el Revolucionario Institucional una iniciativa de reforma a los artículos 14, 16, 19 y 20, y el día 29 siguiente al precepto 22 de la ley fundamental. El 25 de abril de 2007, la bancada de los Partidos de la Revolución Democrática, del Trabajo y Convergencia presentó una iniciativa de reforma a los preceptos 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22 de la Carta Magna. Finalmente, el 4 de octubre de ese mismo año, el partido de la Revolución Democrática presentó diversas iniciativas a los artículos constitucionales 18, 21 y 104; de adición al 17 y reforma a varios preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. *Cfr. Reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública (proceso legislativo) (18 de junio de 2008)*, Secretaría de Servicios Parlamentarios Centro de Documentación, Información y Análisis Dirección de Bibliotecas y de los Sistemas de Información, México, 2008, p. 135.

²⁴ *Cfr. ZEPEDA LECUONA, Guillermo, Crimen sin castigo (Procuración de justicia penal y ministerio público en México)*, FCE, México, 2004, p. 20.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

sociedad, pero que además de eso, al ser valoradas en la parte del juicio, tienen valor probatorio pleno por la circunstancia antes aludida (buena fe).²⁵ Es decir, una investigación realizada sin la parte acusada, sin derecho a objetar ni presentar pruebas, sin haber sido escuchada debidamente, es privada de su libertad. Lo que convierte entonces al siguiente proceso ante el juez en una simple farsa que reduce las posibilidades de satisfacer los mínimos grados de exigencia del debido proceso.

Lo anterior ocasiona un círculo vicioso, donde las partes son las que más resultan afectadas, ya que en el momento en que dicha investigación es llevada ante el juez, en razón de la innumerable carga de trabajo, se vuelve casi imposible repetir cada una de las diligencias practicadas durante la averiguación previa, lo que ocasiona sin duda alguna, falta de equidad entre las partes en la fase de instrucción hasta la etapa de juicio.

Creemos que las necesidades y realidades sociales pudieron ser traducidas en buena parte por los congresistas, que después de largos y acalorados debates, lograron una reforma constitucional que a nuestro parecer, deberá mejorar notablemente la realidad del sistema de procuración y administración de justicia en México. Finalmente, podemos destacar que entre los *rasgos garantistas de la reforma*, se encuentran los siguientes:

- Papel rector del juez en el proceso (Art. 20, párr. 1 y ss.)

La función del juez se revalora íntimamente, conforme a la disposición constitucional que establece un sistema oral; aunado a que las diligencias llevadas a cabo por el ministerio público ya no tendrán valor probatorio pleno ante el juez; ya que éstas deberán reproducirse en el juicio mismo, respetando los principios del sistema acusatorio.

- Atribuciones del ministerio público como policía científica investigadora (Art. 21)

Se replantea la necesidad de que el Ministerio Público, como representante de los intereses de la sociedad recupere la credibilidad, a través del empleo de técnicas y procedimientos que permitan llevar a cabo una investigación científica, conforme a los valores de profesionalismo y el respeto a los derechos humanos de los indiciados. Además, las actuaciones que practique durante esta fase únicamente podrán servir para llevar ante el juez al inculpado. Asimismo se plantea una serie de soluciones alternas antes del juicio.

- Se revalora la importancia de los derechos de las víctimas (Art. 20, apartado c)

Una de las principales, fue aquella en la que se destaca la posibilidad de que en ciertos casos especificados por la ley reglamentaria, la víctima puedan ejercer la acción penal ante la autoridad judicial (Art. 21 párr. 2). Entre otros de los derechos de las víctimas, se incluyó el de impugnar la inactividad del ministerio público durante la fase de investigación.

²⁵ *Cfr.* HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, *El proceso penal mexicano*, Porrúa, México, 2002, pp. 156 y ss; *Vid.* CÁRDENAS RIOSECO, Raúl, *La presunción de inocencia*, Porrúa, México, 2003.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

- Mejoras al sistema procesal

Se incluye por ejemplo, la creación de una defensoría pública de calidad, con la finalidad de evitar la falta de equidad dentro del juicio, pues la mayor parte de las personas que sufren este tipo de desventajas son las que no tienen recursos económicos (Art. 17, párr. 6°).

De igual manera, se establece la vinculación y participación de la policía civil en las investigaciones criminales. Otro de los puntos clave de la reforma penal, que sin duda alguna está influido por el garantismo penal, fue el establecimiento de reglas procesales durante el juicio seguido ante los tribunales; de igual manera resulta ser la consagración de los principios de oportunidad, la publicidad, la oficialidad, la intermediación, la inmediatez, la oralidad, la contradicción y defensa, de libre valoración de la prueba y la contradicción.

Lo anterior, mejorará sin duda alguna, el debido proceso que la mayor parte de la doctrina en nuestro país, e incluso la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha identificado con las formalidades esenciales del procedimiento²⁶. Ahora toca explicar desde nuestra perspectiva, cuáles fueron los retrocesos específicos que pudo contener la reforma penal del año 2008.

En primer término, queremos destacar que la reforma constitucional en materia penal es bastante reglamentaria, por lo que trata de abarcar demasiado; esto, en la

²⁶ La Corte ha dicho por ejemplo, que este derecho implica 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. FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO. Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. II, diciembre de 1995, tesis P./J. 47/95, p. 133. La enmienda quinta de la declaración de derechos americana señala lo siguiente: *Rights in criminal cases. No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, [...] nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law.* Zamora Pierce por ejemplo explica que el Constituyente mexicano de 1917, incorporó a nuestro texto constitucional la V enmienda norteamericana en lo que respecta al debido proceso legal. Desde nuestra perspectiva esto parece cierto, no obstante el desarrollo jurisprudencial entre una familia jurídica y otro ha sido radicalmente distinto entre un país y otro, teniendo obviamente mayor desarrollo en los Estados Unidos de Norteamérica y conservando un retraso notable en nuestro país, basta ver la tesis jurisprudencial citada, la cual data apenas de 1995. ZAMORA PIERCE, Jesús, *Garantías y proceso penal*, Porrúa, México, 2003, p. 425. Por otra parte, aún existe una grave deficiencia estructural en nuestro juicio de amparo, ya que cualquier violación a las “formalidades esenciales del procedimiento”, entiéndase por esto, cualquier mal aplicación de la legislación ordinaria por más mínima que sea, viola indirectamente el principio de legalidad consagrado en la Constitución, y por consiguiente, provoca la inconstitucionalidad del mismo. Al respecto, puede consultarse: FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Justicia Constitucional y control de legalidad en México” en CARBONELL Miguel y VALADES, Diego, *El Estado Constitucional (Memorias del Congreso: Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados)*, T. I, UNAM, IJ, México, 2006.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

retórica parlamentaria parece tener sentido, pero que en la práctica constitucional, conducirá á considerables problemas de interpretación y de justificación de decisiones judiciales.

Otro de los puntos que nos llama bastante la atención es aquel que aborda el tema de la prisión preventiva. Ya que sigue enumerando los casos en los cuales se permite la misma. Ocasionando por consiguiente, la difícil impugnación por parte de los indiciados de aquellos casos en los cuales las legislaciones reglamentarias establecen un catálogo abultado de delitos graves. Léase textualmente el artículo 19.

Artículo 19. [...]

*El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como **delitos graves que determine la ley en contra** de la seguridad de la nación, **el libre desarrollo de la personalidad** y de la salud.*

Desde nuestra perspectiva, si lo que quiso el legislador fue proteger al inculcado a través de la enumeración precisa de los calificativos de los delitos graves en los cuales se puede estar en prisión preventiva, resultó totalmente lo contrario, porque no conocemos algún delito (grave o no grave) que no restrinja o vulnere el libre desarrollo de la personalidad.²⁷ Por lo que concluimos, en lo que respecta a este

²⁷ Al respecto, el Tribunal Federal Constitucional Alemán ha dicho lo siguiente en lo concerniente al principio de libre desarrollo de la personalidad: *La Ley Fundamental quiso significar con el “libre desarrollo a la personalidad”, no sólo el desarrollo al interior de cada área de la personalidad, que distingue la naturaleza del ser humano como persona de costumbres espirituales, ya que no sería comprensible cómo el desarrollo al interior de ese ámbito pudiese ir en contra de las buenas costumbres, los derechos de otro o incluso en contra del ordenamiento constitucional de una democracia libre. [...] b) con el libre desarrollo de la personalidad se garantiza la libertad general de actuar, que – en la medida que no viole los derechos de los otros o no vaya en contra de las buenas costumbres [...] el ordenamiento legal general, que tiene que acatar las normas formales y materiales de la Constitución, y que por tanto también tendrá que ser un orden legal constitucional.* Por otra parte, en México la única sentencia que habla hasta ahora sobre este tema refiere que: *Es en la psique donde reside el libre desarrollo de la personalidad jurídica, por referirse a las decisiones que proyectan la autonomía y la dignidad de la persona. La libertad protegida por el orden jurídico para garantizar el desarrollo digno de la persona, se vulnera, cuando a ésta se le impide irrazonablemente alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida y escoger aquellas opciones que den sentido a su existencia. Del respeto al pluralismo, se desprende el libre desarrollo de la personalidad, reflejado en el marco de protección constitucional que permite la coexistencia de las formas más diversas de vida.* El amparo tiene los siguientes datos de identificación: Amparo directo civil 6/2008, relacionado con la facultad de atracción 3/2008-ps.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

punto, que el legislador decidió seguir conservando los rasgos del sistema autoritario.

Otro de los puntos en los cuales detectamos que el legislador ha decidido seguir conservando esta última tendencia es cuando aborda el tema de régimen de excepción cuando se trate de crimen organizado. Por ejemplo, en la fase de investigación ante el Ministerio Público, se permite el arraigo (privación de la libertad) por un periodo de hasta 80 días, con la finalidad de que el inculcado pueda ser investigado por la autoridad. En este aspecto, el legislador procuró además definir a la delincuencia organizada en el mismo precepto 16 constitucional, señalando que:

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.

Aunado a esto también se establece una restricción al derecho de defensa, ya que según el mismo artículo 20, apartado b, fracción V, establece lo siguiente:

En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculcado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra;

Lo anterior pertenece sin duda alguna también al rasgo de modelo inquisitivo por el que pugnaba la reforma constitucional penal desde un inicio. Cabe advertir que en la mayor parte de las exposiciones de motivos de los grupos parlamentarios del congreso, y principalmente la iniciativa original del poder ejecutivo federal, contenían una exposición en donde se justifica el sacrificio de derechos y libertades fundamentales en nombre del combate al crimen organizado.

Entonces, cabe advertir que a pesar de que el legislador intentó de alguna forma, ingresar al sistema penal mexicano los caracteres de un sistema penal acusatorio, aún se siguen conservando muchos resquicios del sistema penal que se pretende abandonar, e incluso, se puede decir que las limitaciones y regresiones a los derechos fundamentales, que eran anteriormente de legislaciones ordinarias, se han venido a perfeccionar incluso constitucionalmente. Es decir, el constituyente permanente ha decidido sacrificar ciertos derechos fundamentales con la finalidad de proteger otros bienes mayores como la seguridad pública.

Uno de los temas fundamentales y torales que no se abordó en la reforma penal fue el régimen de juzgamiento en el ámbito castrense. Las resoluciones de la Corte en materia de combate al crimen organizado de parte del ejército y la policía civil en México, datan de 1996. En aquel entonces, se resolvió una acción de inconstitucionalidad en la cual se argumentaba la violación al artículo 129

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

constitucional²⁸, ya que se permitía la incursión de los militares en asuntos de seguridad pública. Al respecto, la Corte sostuvo que dicha actuación se encontraba plenamente legitimada, en razón de la subordinación que tenían estos a la policía civil, siempre y cuando además, se diera un equilibrio entre el respeto a los derechos humanos y la seguridad pública.

El resultado hasta ahora ha sido bastante desfavorable. En la actualidad, existen cuatro sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado Mexicano. El principal tema es el concerniente al fuero militar, por la comisión de delitos realizados por aquellos en ejercicio de su actividad.²⁹ Los principales reportes de Organismos Internacionales no Gubernamentales informan que en México esta existiendo una grave violación a los derechos humanos en el empleo de la fuerza pública por parte de militares. En estos distintos informes se denuncian las presuntas violaciones a toda clase a los derechos humanos como abusos sexuales a población civil, torturas, incomunicaciones, cateos ilegales, entre otros crímenes.³⁰

Conclusiones

Creemos que la reforma penal, como bien hemos hecho referencia, tiene ciertos claroscuros que deberán resolverse conforme se vaya implantando el nuevo modelo acusatorio en el proceso penal y en la interpretación que lleve a cabo la Corte sobre este respecto. Desde nuestra perspectiva, aún siguen existiendo graves deficiencias en el sistema penal en nuestro país. Aunado a que se dio un plazo de 8 años para la implementación gradual del sistema en los Estados y la Federación, aún pensamos

²⁸ Dicho precepto establece lo siguiente: *En tiempo de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar. Solamente habrá Comandancias Militares fijas y permanentes en los castillos, fortalezas y almacenes que dependan inmediatamente del Gobierno de la Unión; o en los campamentos, cuarteles o depósitos que, fuera de las poblaciones, estableciere para la estación de las tropas.*

²⁹ El caso versa sobre la violación sexual a una mujer indígena en el Estado de Oaxaca por parte de varios miembros del ejército mexicano y la negligencia del Estado mexicano para investigar los hechos, a través del uso indebido de la institución del fuero militar para el entorpecimiento en las investigaciones. Caso de Inés Fernández Ortega contra el Estado Mexicano. La demanda fue presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 8 de mayo de 2009. Sobre el tema del fuero militar pueden revisarse las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "Durand y Ugarte", "Cesti Hurtado", "Cantoral Benavides", "Loyza Tamayo" y "Castillo Petruzzi y otros". *Vid.* Igualmente: DONAYRE MONTESINOS, Christian (coord.) *La justicia militar en el derecho comparado y en la jurisprudencia constitucional*, Palestra, Lima, 2009.

³⁰ *Cfr.* Human Right Watch, World Report 2009 (Events of 2008), New York, 2009, 191-195; Mexico's National Human Rights Commission a Critical Assessment, Vol. 20, no. 1, February 2008, especialmente pp. 62-65. Human Right Watch, *Impunidad Uniformada (Uso indebido de la justicia militar en México para investigar abusos cometidos durante operativos contra el narcotráfico y de seguridad pública)*, (Abril de 2009), New York, 2009.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

que la implementación de las reglas procesales representan sin duda alguna, no sólo un desafío técnico para los operadores jurídicos, sino todo un reto para la cultura jurídica de nuestro país.

Con la reforma se logra dar un gran paso en la acostumbrada práctica del sistema pena autoritario, dando paso a uno más garantista. De respeto y protección a los derechos fundamentales. Advertimos que los beneficios de esta reforma pueden ser bastante beneficiosos, si saben aprovecharse como es debido, tanto para la eficiencia en la persecución y castigo de los delitos, como en el equilibrio y respeto a los derechos fundamentales de la víctima y el acusado. No obstante, como bien hemos hecho alusión en la segunda parte de este ensayo, aún existen graves deficiencias que tienen que ser corregidas, ya que las viejas prácticas del sistema inquisitivo pueden acabar por devorar el gran trabajo de consenso parlamentario llevado a cabo meses atrás.

No creemos que el desequilibrio y el sacrificio de los derechos fundamentales ante el grave problema de la seguridad pública que se vive actualmente sea la más adecuada solución, ya que la más grave crisis institucional que puede tener un país residen principalmente en ese respeto y protección a los derechos fundamentales cualquiera que sea el titular de los mismos. Una de las principales finalidades de la normatividad nacional y local en materia de seguridad pública, es la preservación del orden interno y de la seguridad pública. En este sentido, la armonización de estos órdenes internos debe ser compatible no solamente con los principios constitucionales de orden interno, sino responder de igual forma, a las exigencias de orden internacional que abordan problemas similares al respecto.

Ahora bien, la adecuación de las medidas necesarias para la implementación de esos fines de seguridad tanto nacional como local, deben de tener por objeto la aplicación de medidas que restrinjan en menor grado, los derechos fundamentales que pretenden proteger, buscando siempre en la mayor medida de lo posible, la elección de los medios alternos que afecten en menor grado los derechos fundamentales de las personas. Finalmente, el subprincipio de proporcionalidad implica la medición de las magnitudes de la intervención a los derechos fundamentales en conflicto o colisión. Es decir, implica que las ventajas que se obtienen mediante la intervención legislativa en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general.

Ejemplo claro de lo anterior, lo constituyen la persecución e investigación de los delitos, que deben en todo momento de medir la posible afectación a los derechos fundamentales que se pretenden restringir o limitar con la aplicación de determinada política pública criminal. Resulta de igual forma trascendental la elaboración de manuales y documentos técnicos para el uso legítimo de la fuerza pública, así como a los actores encargados de cumplir el orden, dado que sin ello, resultaría imposible medir las posibles afectaciones a los derechos humanos implicados en las políticas públicas de combate a la delincuencia.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Resulta urgente establecer criterios claros para el uso de la fuerza civil y militar. Particularmente pugnamos por la consagración, ya sea constitucional o federal, sobre su distinción, así como el establecimiento de condiciones particulares a partir de los cuales la autoridad militar puede intervenir en el restablecimiento del orden público. En el entendido de que la actuación de la autoridad militar se encuentra legitimada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ésta debe encontrarse entonces siempre apegada al marco coordinado de seguridad pública entre la federación y los estados.

Bibliografía.

- AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique (comp.), *Nuevas perspectivas y panoramas de la democracia en el estado constitucional*, Porrúa, México, 2009.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, (traducción de Ernesto Garzón Valdés), CEPC, Madrid, 2002, p. 533. (3ª reimp.).
- “Justicia como corrección” en SEOANE, José Antonio (ed.), *La institucionalización de la justicia*, Comares, Granada, 2005, pp. 55-67.
 - “Sistema jurídico y razón práctica” en *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 159 -177.
 - *Tres escritos sobre la teoría de los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, (Presentación y traducción de Carlos Bernal Pulido), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- ALFREDO GOZAÍNI, Osvaldo, *Derecho procesal constitucional: El debido proceso*, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, Argentina, 2004.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.
- BACHOF, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Palestra, Lima, 2008.
- BERNAL PULIDO, C, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- *El derecho de los derechos (Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales)*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2008.
- CARBONELL, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2008.
- (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- CÁRDENAS RIOSECO, Raúl, *La presunción de inocencia*, Porrúa, México, 2003.
- CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad*, Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 1998.
- DIEZ PICASO, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Civitas, Navarra, 2005, (2ª ed.).
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón (Teoría del Garantismo Penal)*, Trotta, Madrid, 1998.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Panorama del proceso penal*, Porrúa, México, 2004;
- HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, (traducción de Joaquín Brage Camazano), Dykinson, Madrid, 2003.
- HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, *Programa del derecho procesal penal*, Porrúa, México, 2004.
- Human Right Watch, World Report 2009 (Events of 2008), Mexico's National Human Rights Commission a Critical Assessment, Vol. 20, no. 1, February 2008, New York, 2009.
- *Impunidad Uniformada (Uso indebido de la justicia militar en México para investigar abusos cometidos durante operativos contra el narcotráfico y de seguridad pública)*, (Abril de 2009), New York, 2009.
- M. CRUZ, Luis, *La Constitución como orden de valores. (Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo)*, Comares, Granada, 2005.
- MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- PRIETO SANCHÍS, Luís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2002.
- VV. AA. PECES BARBA, M. Gregorio, FERNANDEZ GARCÍA, Eusebio, *et. al.* (coords.), en *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2001. T. II, V. I, II y III.
- VV. AA. *Manual de Derecho Constitucional* (Presentación de Konrad Hesse, edición, prolegómeno y traducción de Antonio López Piña), Marcial Pons-Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid, 2006.
- ZEPEDA LECUONA, Guillermo, *Crimen sin castigo (Procuración de justicia penal y ministerio público en México)*, FCE, México, 2004.