

ASPECTOS CONSTITUCIONALES SOBRE EL MODELO DE COMBATE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN MÉXICO

Carlos F. NATARÉN NANDAYAPA*

Llenar un país de leyes no significa convertirlo en un Estado de derecho.

Sergio GARCÍA RAMÍREZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los principios del proceso penal mexicano*. III. *La influencia de la delincuencia organizada en la modificación de los principios constitucionales*.

I. INTRODUCCIÓN

El fortalecimiento del Estado constitucional y democrático de derecho ha implicado una continua revisión de los procesos jurisdiccionales al elevar las exigencias de eficacia, y, al mismo tiempo, buscar mayores garantías para los justiciables. Se busca conciliar la necesidad de incrementar la seguridad pública —en tanto produzca una eficaz respuesta ante los delitos— con el respeto y la protección de los derechos fundamentales. Este examen del proceso es un fenómeno constante en todos los ordenamientos jurídicos, y que en cada caso debe partir de que el derecho es un producto cultural, determinado por las condiciones histórico-políticas que imperan en una comunidad específica. En consecuencia, la reforma procesal debe siempre considerar un doble plano: histórico —teniendo en cuenta los orígenes y la evolución de las instituciones jurídicas— y actual —partiendo de los problemas vigentes y considerando la perspectiva del derecho comparado—, para que obtenga los mejores resultados.

* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

Dentro de este contexto, debe recordarse que el Estado constitucional moderno tiene en la delincuencia organizada una de sus mayores y más serias amenazas y, en consecuencia, su combate constituye una de sus prioridades y, al mismo tiempo, uno de sus más grandes retos. La afirmación anterior puede considerarse un tópico; sin embargo, no por ello es menos cierta, ya que nuestro país tiene en la proliferación y progresivo fortalecimiento de las redes de la delincuencia organizada uno de sus problemas más graves. En consecuencia, el combate a la delincuencia organizada es uno de los elementos más importantes en el diseño de la política criminal de nuestro país, con las consiguientes derivaciones en el proceso penal mexicano. Sobre este punto debe recordarse que la revisión del proceso penal mexicano, en tanto fenómeno peculiar de la sociedad, se encuentra al día de hoy condicionada por dos fenómenos: el amplio reclamo ciudadano de mayor seguridad y la escasa confianza en los órganos de administración y procuración de justicia. Con esos elementos, o quizá derivado de ellos, el Estado mexicano —partiendo de una falsa dicotomía entre garantismo y eficacia en la persecución de los delitos— ha optado por crear un proceso paralelo al proceso ordinario que se distingue por su disminución de garantías. Ante estas circunstancias, el presente trabajo pretende aportar elementos que enriquezcan la discusión, y apuesta por un modelo alternativo en el que el combate a la delincuencia organizada se base en el fortalecimiento de las instituciones.

II. LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL MEXICANO

Pocos temas como el proceso penal tienen tanta trascendencia en la relación entre el ser humano y el poder político. En efecto, la participación del individuo en el enjuiciamiento penal, ya sea como el inculpado, o como el ofendido por el delito, lo lleva a encontrarse en un ámbito donde el Estado despliega algunos de sus más poderosos instrumentos de coerción. De esta forma, “el proceso penal se convierte en un tema delicado y trascendental donde se resuelve el conflicto más severo entre intereses en juego, encarnados por personajes desiguales”¹ y, por tanto, de vital importancia en el Estado constitucional de derecho.

¹ Cfr. García Ramírez, Sergio, “Los sistemas de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación (ponencia general)”, en Storme, M., Gómez Lara, C. (coords.), *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*, México, UNAM, 2005, vol. IV, pp. 1 y ss.

En este sentido, no debe olvidarse que el problema que subyace en la regulación del proceso penal es el conflicto existente entre el *ius puniendi* y la libertad de los ciudadanos. El proceso penal se constituye en una garantía que busca un equilibrio entre ambos. En efecto, de un lado, está el reconocimiento de los derechos fundamentales del ciudadano: es un pilar del Estado de derecho. De otro lado, el Estado de derecho debe garantizar la seguridad jurídica, debe tener como fundamento del orden social, el respeto a la ley y a los derechos de los demás. Los poderes públicos tienen, por tanto, el deber de mantener la paz social. Ésta se ve perturbada por las agresiones contra los bienes jurídicos que tutela el derecho penal. Quien comete un delito o falta actúa en perjuicio de la libertad y de la seguridad tanto de la víctima como del resto de la sociedad.

Ante la conducta delictiva, la respuesta de las culturas primitivas era la venganza privada o autotutela. Cuando la sociedad se organiza y aparece el Estado, es él quien asume el derecho y el deber de prevenir y reprimir las conductas antijurídicas. Sin embargo, el ejercicio del *ius puniendi* del Estado tiene una limitación, la del principio de legalidad: no se puede sancionar penalmente una conducta si antes de su comisión no ha sido tipificada como delito o falta, no pudiendo imponerse pena distinta a la prevista por la ley. Al mismo tiempo y desde la perspectiva procesal, el *ius puniendi* ha de ejercitarse necesariamente a través de un proceso jurisdiccional, el proceso penal.

El proceso penal es un instrumento para el ejercicio del *ius puniendo* y al mismo tiempo es un límite para su mismo ejercicio. Dicho de otro modo: frente al poder del Estado de sancionar las nociones de legalidad y proceso —al establecerse como requisitos indispensables para su ejercicio— se constituyen en defensas para evitar su ejercicio arbitrario.

En consecuencia, el proceso penal tiene la función de servir de instrumento para el ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Es por ello un medio de represión del delincuente y de mantenimiento de la paz social, así como *una forma de autocontrol del Estado y de garantía de los derechos del inculgado*. Es este contexto en el que debe entenderse la función de los derechos fundamentales en el proceso penal.

1. *Constitución y derechos fundamentales*

Como se ha tratado de subrayar, uno de los elementos esenciales del Estado constitucional de derecho es, indudablemente, el reconocimiento

de la existencia de un conjunto de derechos básicos de los ciudadanos, a los que se suele denominar “derechos humanos” o “derechos fundamentales”.² El elenco de estos derechos fundamentales se suele incorporar al rango normativo superior del ordenamiento jurídico, conformando la que tradicionalmente es denominada “parte dogmática” de la Constitución. La proclamación constitucional de este conjunto de derechos tiene como finalidad la de garantizar, frente a todo el ordenamiento —y frente a la actuación de cualquier sujeto que pretenda ampararse en el ordenamiento—, el respeto a un estatus jurídico esencial de los ciudadanos.³ De esta forma, se acepta pacíficamente la premisa de que los derechos fundamentales son derechos subjetivos constitucionalizados, con los que el constituyente bus-

² Ha de quedar claro, desde un inicio, que las expresiones “derechos humanos” y “derechos fundamentales” no son equivalentes en sentido propio. En efecto, como punto de partida ha de tomarse la consideración de que los “derechos humanos” son el conjunto de facultades e instituciones que concretan las exigencias de dignidad, libertad e igualdad inherentes a la persona, al ser humano. Los “derechos fundamentales”, de modo más concreto, constituyen un conjunto de estos derechos humanos que son positivizados por un ordenamiento jurídico, generalmente a través de su inclusión en la Constitución, normalmente acompañada de un conjunto de garantías para su tutela. En consecuencia, y desde una perspectiva parcialmente distinta, el concepto que subyace a la expresión “derechos humanos” puede ser coincidente con el que se refleja al hablar de “derechos fundamentales”, aunque mientras el primero puede pertenecer a una categoría axiológica, el segundo, en cambio, viene a expresar un concepto técnico jurídico. Ésta es la acepción que puede encontrarse en los documentos internacionales de protección de derechos humanos a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que se recoge en la jurisprudencia y por la doctrina; en este sentido, puede verse la reciente STC 175/2001 —especialmente el voto particular del magistrado Jiménez de Parga—; en la doctrina española. *Cfr.*, por todos, Pérez Luño, A. E., *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 46 y 47.

³ Esta afirmación es realizada por el Tribunal Constitucional Español en su sentencia 25/1981 (Pleno), del 14 julio, f. j. 5o. Posteriormente esta expresión ha sido recogida por la mayoría de la doctrina en este sentido. *Cfr.* De Otto, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 28. Nos parece que cuando el Tribunal Constitucional utiliza este concepto lo hace en el sentido tradicional de la teoría de los derechos públicos subjetivos. Siguiendo la explicación de Alexy, encontramos que para Jellinek la personalidad es “una relación con el Estado que califica al individuo. Por lo que jurídicamente es una situación, un status”. En tanto situación, se distingue de un derecho. Esto es así porque tiene como contenido el “ser” jurídico y no el “tener” jurídico de una persona. La diferencia entre “ser” y “tener” para Jellinek se observa de uno de sus ejemplos. Así, al dotar a una persona del derecho de sufragio y del derecho de adquirir libremente la propiedad, se modifica su status y con ello su ser, mientras que la adquisición de un determinado inmueble sólo afecta a su tener. *Cfr.* Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2001, p. 248.

ca asegurar el ámbito mínimo de libertad necesario para la vigencia de la dignidad humana.

Siguiendo a Cruz Villalón, resulta posible señalar la existencia de un contenido esencial en la categoría jurídica del derecho fundamental. Este contenido esencial, que caracteriza a todo derecho fundamental, tiene dos vertientes, la primera, de naturaleza material y la segunda, de naturaleza formal. De acuerdo con la primera, los derechos fundamentales son aquellos que así se consideran en la conciencia y en la cultura jurídica en que se inserta el Estado constitucional. En el caso del Estado español, y siempre de acuerdo con el mencionado autor, se trataría de un concepto que tiene su reflejo en un ámbito más amplio, aquel al que despliega su alcance la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁴ Por su parte, la vertiente formal del contenido esencial de los derechos fundamentales tiene, a su vez, dos elementos: la existencia de una tutela judicial, y, en segundo término, la vinculación del legislador a su contenido.⁵

De esta manera, los derechos fundamentales son derechos subjetivos públicos, que, puestos al servicio del ciudadano, pretenden garantizar tanto un espacio de libertad como la existencia de prestaciones por parte del Estado. Sin embargo, junto a esta función, en el Estado democrático los derechos fundamentales representan un conjunto de valores que trascienden a todo el ordenamiento jurídico.⁶ Así, los derechos fundamentales representan un

⁴ Cruz Villalón, P., participación en la ponencia “Sobre el legislador de los derechos fundamentales”, en López Pina, A., *La garantía constitucional de los derechos fundamentales, Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, Civitas-Facultad de Derecho UCM, 1991, p. 127. Sobre la cultura constitucional europea puede verse Haberlas, J., “El estado constitucional europeo”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, núm. 4, enero-junio de 2001, p. 147.

⁵ Esta opinión también puede verse en Cruz Villalón, P., “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, *X Jornadas de estudio. Introducción a los derechos fundamentales*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1988, vol. I, p. 161. Sin embargo, debe señalarse que la doctrina ha cuestionado la idea de que la tutela judicial o judiciable directa sea un elemento configurador de la categoría de derecho fundamental; en este sentido, Jiménez Campo señala que la judiciable inmediata de un derecho fundamental lo convierte efectivamente en un “derecho”, pero en sí no le otorga la categoría de fundamental (*Cfr. Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, p. 25).

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 25/1981 (Pleno) del 14 julio f.j. 5o. Ello resulta, lógicamente, del doble carácter que tienen los derechos fundamentales. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos, no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en el sentido estricto, sino en cuan-

conjunto de normas objetivas que expresan un contenido axiológico de validez universal.⁷ En este sentido, se afirma que son un elemento configurador de Estado constitucional de derecho.⁸

De esta forma, y partiendo de dos postulados concretos que subyacen en todos los derechos fundamentales, se pueden dejar sentadas dos ideas básicas. En primer término, ha de insistirse en que estos derechos son emanaciones de la dignidad humana, constituyen así facultades cuya falta de reconocimiento o respeto supone un atentado contra la dignidad del individuo. En segundo lugar, y derivado de lo anterior, el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales constituye un elemento de legitimación del poder político, dado que la forma de organización política de una sociedad no puede considerarse legítima si no reconoce y respeta los derechos que se derivan de la dignidad humana. En este sentido, se puede afirmar que los derechos fundamentales, al mismo tiempo que son límites al ejercicio del poder público, se constituyen en origen de la legitimidad del Estado constitucional.⁹

Según se deduce de lo anterior, los derechos fundamentales han de ser entendidos como auténticos derechos subjetivos, que configuran una verdadera y propia situación de poder jurídico, que a su vez engendra un deber correlativo en otro sujeto. Ahora bien, a partir de esta esencia común, lo cierto es que no existe una homogeneidad en su contenido material; antes

to garantizan un estatus jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al mismo tiempo son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica plasmada históricamente en el Estado de derecho y más tarde en el Estado social de derecho o el Estado social y democrático de derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (artículo 1o.).

⁷ Cfr. Böckenförde, E. W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. J. L. Requejo Pagés, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, pp. 104 y ss.

⁸ Se trata de un punto de partida plenamente aceptado por la doctrina: en este sentido, pueden verse Díez-Picazo, L., “La jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales”, en López Pina, A., *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, Civitas-Facultad de Derecho UCM, 1991, p. 293; Gómez Montoro, A. J., “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas (análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español)”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, núm. 2, enero-junio de 2000, pp. 24 y 25.

⁹ En este sentido, puede verse Díez-Picazo Jiménez, I., “Comentario al artículo 24”, en Alzaga Villamil, O., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, Ederesa, 1996, t. III, p. 22.

bien, la naturaleza de los derechos fundamentales es evidentemente heterogénea.

Esta heterogeneidad en las diversas parcelas de la dignidad humana que protegen los diversos derechos fundamentales da pie para marcar muchas diferencias y, sobre todo, para efectuar numerosas clasificaciones.

Una distinción tradicional es la que considera dos tipos de derechos: derechos de libertad y derechos de prestación. Los derechos de libertad se caracterizan porque su definición supone una delimitación negativa del ámbito de actuación del individuo, es decir, el derecho fundamental se considera como un límite que impone una actitud de abstención por parte del poder público. Este género de derechos se puede identificar con las “libertades públicas” garantizadas por el Estado liberal de las primeras etapas del constitucionalismo: *v. gr.*, la libertad personal o las libertades de asociación, de expresión o de reunión.

La segunda categoría corresponde a los derechos de prestación. Estos derechos, al contrario de los derechos de libertad, presuponen una actividad por parte del poder público dirigida a asegurar su efectividad. Se puede mencionar como ejemplo el derecho a la educación, que requiere de la existencia de centros y medios de enseñanza.

Otro criterio con el que se puede distinguir entre los derechos fundamentales es en razón de su contenido material. Esta clasificación tiene sus orígenes en la distinción entre las distintas fases en que se fueron afirmando los derechos públicos subjetivos formulada por Jellinek. La primera fase es aquella donde el individuo abandona el *status subjectionis*, es decir, su condición de “súbdito”, de sujeto pasivo de las decisiones del poder, para obtener el *status libertatis*, que le proporciona un ámbito de libertad inmune a la acción del poder público;¹⁰ los derechos que se vinculan a esta situación son los derechos que permiten al individuo su configuración como tal, *v. gr.* el derecho a la vida, a la libertad personal o a la intimidad.

Al segundo estadio, el *status civitatis*, se accede cuando el individuo tiene capacidad para exigir del Estado el respeto a sus derechos como ciuda-

¹⁰ “Al miembro del Estado le corresponde pues un status en el cual es señor, una esfera libre del Estado, que niega el *Imperium*. Es el de la esfera de libertad del *status* negativo del *status libertatis* en el cual los fines estrictamente individuales encuentran su satisfacción a través del acto libre del individuo” (Jellinek G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, p. 87, citado por Alexy, R., *op. cit.*, nota 3, p. 251).

dano.¹¹ En esta etapa se configuran los derechos civiles, entre los que se destacan los de naturaleza procesal, de los que en breve nos ocuparemos con mayor detenimiento.

En una tercera fase de evolución, el ciudadano no sólo tiene un ámbito de acción vedado al Estado y puede exigir de él su cumplimiento, sino que se hace partícipe de la actuación del Estado. Así pues, el reconocimiento de este *status activae civitatis* conlleva, a su vez, el de los llamados derechos políticos, integrados, evidentemente, por los derechos de participación en general y de sufragio, activo y pasivo, en particular.¹²

Finalmente, y dentro ya del Estado social de derecho, se habla de una cuarta fase, que se ha dado en llamar *status positivus socialis*, que tiene su reflejo en la proclamación y satisfacción de los derechos de contenido económico, social y cultural.¹³

Los derechos fundamentales también tienen diferencias en cuanto al sujeto sobre el que recae el deber correlativo. Algunos derechos pueden tener como sujeto pasivo a otro particular: se entra entonces en el terreno de lo que la doctrina alemana denomina *Drittwirkung der Grundrechte* o eficacia horizontal de los derechos fundamentales. En algunos casos esta eficacia entre particulares se limita al ámbito laboral, y en otros casos se puede hacer extensiva al del derecho civil.

Existen otros derechos que se configuran como genuinos derechos públicos subjetivos, es decir, que sólo pueden ejercerse frente a los órganos del Estado. Precisamente dentro de estos derechos eficaces ante el poder público encontramos los que se dirigen contra actos de la administración y, por lo que ahora más nos interesa, aquellos que sólo pueden ser exigibles frente a la actuación jurisdiccional, desarrollada en el marco de los procesos judiciales.

¹¹ En este estatus es colocado el individuo, a quien el Estado “le reconoce la capacidad jurídica para reclamar para sí el poder estatal par utilizar las instituciones estatales, es decir, otorga al individuo pretensiones positivas”. *Ibidem*, p. 87, citado por Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., nota 3, p. 256).

¹² Alexy señala que este estatus se puede reconstruir con la noción de competencia, pero aclara que sólo se refieren a este estatus las competencias que tienen por objeto una participación en el Estado, que sirven para la formación de la voluntad estatal (*Teoría de los derechos fundamentales*, cit., nota 3, p. 260).

¹³ En este sentido, *cf.* Pérez Luño, A. E., *Los derechos fundamentales*, cit., nota 2, p. 24.

Los derechos fundamentales de naturaleza procesal son derechos subjetivos públicos que se tienen frente a los órganos jurisdiccionales y que, en consecuencia, configuran un conjunto de facultades de los ciudadanos frente a los jueces y tribunales. Además, los derechos procesales tienen una clarísima dimensión objetiva, que hace de ellos unos derechos sensiblemente diferentes al resto de los derechos fundamentales.

En efecto, su existencia y garantía se encuentran en la base de la existencia de un orden social. Desde los orígenes del Estado ha sido necesario, para su mantenimiento, la prohibición de la autotutela, así como el monopolio del ejercicio de la jurisdicción por parte de los órganos de aquél. En este sentido, los derechos fundamentales de naturaleza procesal significan tanto una manifestación general del Estado de derecho —la de acceso a la jurisdicción— como garantías procesales que hasta épocas recientes se habían formulado sólo como principios de derecho objetivo (*in dubio pro reo, nemine damnetur nisi audiatur, audiatur et altera pars*, entre otros) y que, en la actualidad, para destacar su importancia y reforzar su tutela, aparecen revestidas de la forma de derechos fundamentales.¹⁴

Para Kelsen, los derechos procesales integrarían la reducida categoría que puede ser llamada con propiedad derechos subjetivos. En efecto, Kelsen se opuso a la utilización de la expresión “derecho subjetivo” y propuso un esquema simplificador, en el que la mayor parte de los derechos subjetivos podían explicarse como simples “reflejos” de obligaciones jurídicas.

De este modo, el “derecho reflejo” es una forma sintética de expresar que existe un deber jurídico de otro individuo, es decir, la existencia de una norma que amenaza con sanción a quien no observe cierto comportamiento. De esta forma, Kelsen entiende que un derecho subjetivo es un objeto distinto de la obligación jurídica, y que sólo tiene sustento en la doctrina del derecho natural;¹⁵ de esta forma, derecho subjetivo sólo es otra forma de denominar a la obligación de otra persona.

¹⁴ Así, el Tribunal Constitucional Español ha afirmado que el derecho fundamental del artículo 24.1 incluye el “derecho de defensa y bilateralidad, por otra parte ya reconocido legalmente antes de la Constitución y expresado bajo el clásico principio procesal *nemine damnatur sine audiatur*” (STC 4/1982, fundamento jurídico 5o.); y en la STC 82/1983 afirmó que en el artículo 24.1 se incluye “el principio de contradicción procesal recogido en el axioma *audiatur et altera pars*” (fundamento jurídico 4o.).

¹⁵ Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, 5a. ed., trad. de J., Vernengo, México, UNAM, 1986, p. 142.

En la referida concepción kelseniana, la categoría de derecho subjetivo no debe aplicarse al contenido de la obligación —el objeto protegido—, sino que queda reservada para aludir a la acción procesal, es decir, a la posibilidad otorgada al individuo de poner en marcha la coactividad estatal con la finalidad de ver satisfecha una pretensión incumplida, pretensión que tiene como contenido el tradicionalmente llamado derecho subjetivo. La esencia del derecho subjetivo “se encuentra en el hecho de que una norma jurídica otorga a un individuo el poder jurídico de reclamar mediante una acción por el incumplimiento de la obligación”.¹⁶

La importancia de los derechos fundamentales de naturaleza procesal es más evidente si consideramos su incidencia sobre el conjunto de los órganos jurisdiccionales y, en general, sobre el sistema de impartición de justicia, con lo que tiene efectos directos sobre los ciudadanos en su conjunto. En efecto, dado que estos derechos se configuran como facultades que tienen como sujetos pasivos a los tribunales, sólo estos pueden ser responsables de su violación; nos encontramos así con que los órganos jurisdiccionales competentes para reparar estas vulneraciones de derechos siempre revisarán actos de otros órganos jurisdiccionales, razón por la cual la protección de estos derechos se identifica con el sistema de recursos procesales —*lato sensu*—, con una especial incidencia sobre los recursos extraordinarios.

Así pues, aunque la protección efectiva de los derechos fundamentales de naturaleza procesal tiene como finalidad directa la reparación del daño en la esfera de los derechos de los individuos, lo cierto es que redundará en un beneficio para todo el sistema de administración de justicia. Incluso en los casos en que el Poder Judicial ordinario está llamado a ser la primera instancia de protección de la Constitución, una tutela eficaz de los derechos de naturaleza procesal puede contribuir a una mejor articulación y colaboración entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, ya que la superación de las tensiones entre ellos pasa por el establecimiento de medios para corregir de forma eficaz y por la misma jurisdicción ordinaria las vulneraciones de derechos fundamentales que realice el juez ordinario.

Como puede apreciarse, sin embargo, presentan una serie de elementos comunes, que definen la esencia de los derechos fundamentales de natu-

¹⁶ *Ibidem*, p. 148. De lo anterior se afirma que en el ordenamiento jurídico español el único derecho verdaderamente fundamental sería el derecho al recurso de amparo (en este sentido se pronuncia Prieto Sanchiz, L., “Sobre el concepto jurídico de derechos fundamentales”, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, p. 78).

raleza procesal reconocida a nivel supranacional. Estos derechos se concretan y definen con mayor precisión cuando se trata de procesos penales; en estos casos, se proclaman expresamente derechos como la prohibición de la tortura, la presunción de inocencia, la doble instancia.

En el ámbito mexicano la referencia obligada es el apartado A del artículo 20 de la Constitución de 1917, que contiene un listado de las llamadas “garantías” del inculpado. Así, en las diez fracciones que integran este apartado —siguiendo la terminología de la norma— encontramos los siguientes derechos: a la libertad provisional “bajo caución”; a no ser obligado a declarar; a saber el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación; a ser careado con su acusador; a ofrecer testigos y pruebas; a ser juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos; a obtener todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso; a ser juzgado de manera pronta y expedita; a ser informado de los derechos que en su favor consigna la Constitución y a tener una defensa adecuada; a que no se prolongue la prisión por motivos económicos.

Respecto de este precepto constitucional, la coyuntura actual —en la que se está realizando una revisión del proceso penal mexicano—¹⁷ ofrece la oportunidad de realizar una profunda revisión sobre los principios que establece. En efecto, el contenido del apartado A, que acabamos de describir, en nuestra opinión, es insuficiente, ya que no contiene el mínimo deseable de derechos fundamentales procesales para el imputado. Nosotros proponemos una revisión exhaustiva que deberá incluir desde cuestiones meramente formales —tales como el orden en que los derechos deben estar enumerados,¹⁸ o el abandono definitivo del equívoco entre garantías y derechos que el texto hereda de la Constitución de 1857— a cuestiones de más calado, como la incorporación expresa de la presunción de inocencia —que no se limite a sus efectos sobre la libertad provisional o la necesidad de la existencia de una prueba de cargo para fundar la sentencia—,¹⁹ o la

¹⁷ Recordemos la “Consulta nacional para una reforma integral y coherente” convocada por la SCJN y la iniciativa de reforma del sistema de justicia penal presentada por el Poder Ejecutivo.

¹⁸ Recordemos que la norma constitucional no sólo tiene como destinatarios a los juristas, sino que su destinatario fundamental es la sociedad en su conjunto, por lo que, considerando las graves diferencias económicas y culturales entre los diversos estratos de la población, el contenido de la Constitución debe ser lo más claro posible.

¹⁹ Al respecto, remitimos a nuestro trabajo elaborado junto con Caballero Juárez, “El malestar en el proceso”, que se encuentra en esta misma recopilación.

incorporación de principio del proceso acusatorio como la intermediación y el perfeccionamiento de los principios existentes, tales como publicidad. También, en nuestra opinión, deberán establecerse los elementos básicos del derecho a una defensa adecuada, y, por otro lado, establecer la posibilidad de exigir la nulidad absoluta de aquellos actos que no cumplan con los requisitos constitucionales y legales.

2. Los derechos fundamentales procesales en el ámbito internacional y derivados de los tratados internacionales de protección de derechos humanos

Las repercusiones supraindividuales de los derechos fundamentales de ámbito procesal han sido clave de cara a su reconocimiento constitucional, especialmente tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial, y como consecuencia o reacción frente a las experiencias autoritarias y totalitarias del periodo inmediatamente anterior: se generaliza entonces la tendencia de incluir dentro de los textos constitucionales un catálogo extenso de derechos fundamentales, intangible al legislador, para tratar de protegerlos frente a posibles futuras extralimitaciones del poder político.

El caso de los derechos fundamentales de naturaleza procesal es especialmente significativo en este entorno, habida cuenta de la necesidad de evitar en lo sucesivo la manipulación y la utilización de los órganos jurisdiccionales como instrumento de opresión, que se convirtieron en fenómenos habituales en los sistemas totalitarios que precedieron al conflicto mundial. Ésa es la razón de que en los textos constitucionales elaborados con posterioridad se introdujeran reglas y principios básicos de la actividad jurisdiccional y, asimismo, se reconocieran derechos subjetivos de los ciudadanos en relación con la administración de justicia: queda claro, a partir de entonces, que también el ámbito de las relaciones del ciudadano con los órganos jurisdiccionales es un ámbito en el que el Estado debe garantizar el respeto a la dignidad del ser humano y, asimismo, que el respeto al postulado anterior es necesario para legitimar el ejercicio del poder público. Como muestra de lo anterior puede observarse en el capítulo IX de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, apartado en el que, además de establecerse cuestiones tales como la organización judicial, la composición de los órganos, las garantías judiciales, se encuentran preceptos que contienen las garantías básicas de los justiciables frente a los tribu-

nales.²⁰ De la misma forma puede verse el artículo 24 de la Constitución italiana que, entre otros, garantiza el derecho de acceso a los tribunales y el derecho de defensa.²¹

De forma análoga a esta constitucionalización de nivel interno de los derechos fundamentales de naturaleza procesal tras la Segunda Guerra Mundial, se

²⁰ Artículo 101. Prohibición de tribunales de excepción.

1) No están permitidos los tribunales de excepción. Nadie podrá ser sustraído a su juez legal.

2) Sólo por ley podrán ser instituidos tribunales para materias especiales.

Artículo 102. Abolición de la pena de muerte.

Queda abolida la pena de muerte.

Artículo 103. Derecho a ser oído, prohibición de leyes penales con efectos retroactivos y el principio de *ne bis in idem*.

1) Todos tienen el derecho de ser oídos ante los tribunales.

2) Un acto sólo podrá ser penado si su punibilidad estaba establecida por ley anterior a la comisión del acto.

3) Nadie podrá ser penado más de una vez por el mismo acto en virtud de las leyes penales generales.

Artículo 104. Garantías jurídicas en caso de privación de la libertad.

1) La libertad de la persona podrá ser restringida únicamente en virtud de una ley formal y sólo respetando las formas prescritas en la misma. Las personas detenidas no podrán ser maltratadas ni psíquica ni físicamente.

2) Sólo el juez decidirá sobre la licitud y duración de una privación de libertad. En todo caso de privación de libertad no basada en una orden judicial deberá procurarse de inmediato la decisión judicial. Por su propia autoridad, la policía no podrá mantener a nadie bajo su custodia más allá del fin del día siguiente al de la detención. La regulación se hará por ley.

3) Toda persona detenida provisionalmente bajo la sospecha de haber cometido un acto delictivo deberá ser llevada ante el juez a más tardar el día siguiente al de su detención; el juez deberá informarla acerca de las causas de la detención, interrogarla y darle la oportunidad para formular objeciones. El juez deberá dictar de inmediato o bien una orden escrita de prisión indicando las causas de la misma, u ordenar la puesta en libertad.

4) De toda resolución judicial que ordene o prolongue una privación de libertad deberá informarse sin demora alguna a un familiar del detenido o a una persona de su confianza.

²¹ (Promulgada en Roma el 27 de diciembre de 1947 y en vigor desde el 1o. de enero de 1948): Todos podrán acudir a los tribunales para la defensa de sus derechos y de sus intereses legítimos.

La defensa constituye un derecho inviolable en todos los estados y etapas del procedimiento.

Se garantizan a los desprovistos de recursos económicos, mediante las instituciones adecuadas, los medios para demandar y defenderse ante cualquier jurisdicción.

La ley determinará las condiciones y modalidades de reparación de los errores judiciales.

ha producido, en parte simultáneo y en parte sucesivo, un fenómeno de reconocimiento en el ámbito supranacional. En este sentido, la protección de estos derechos ha tenido reflejo en múltiples tratados y declaraciones internacionales, que incluyen específicamente una formulación parecida a las que se incorporaron en ciertos textos constitucionales nacionales.

Así, se pueden mencionar entre los más destacados:

- El artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General del 10 de diciembre de 1948.²²
- El artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia, el 2 de mayo de 1948,²³ aunque este precepto despliega eficacia únicamente en el ámbito del proceso penal.
- El artículo 14 del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, adoptado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966.²⁴

²² Artículo 10. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

²³ Artículo XXVI. Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas.

²⁴ Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49 1. El presente Pacto entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que haya sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

2. Para cada Estado que ratifique el presente Pacto o se adhiera a él después de haber sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión, el Pacto entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión.

Artículo 14. 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la

— El artículo 80. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1966.²⁵

vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

²⁵ Artículo 80. Garantías Judiciales.

1. 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, estableci-

- El artículo 60. del Convenio Europeo de para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950, ratificado por España mediante instrumento del 26 de septiembre de 1979, y publicado en el *Boletín Oficial del Estado* del 10 de octubre de 1979.²⁶

do 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.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

²⁶ Artículo 60. Derecho a un proceso equitativo.

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

— El artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000.²⁷

La importancia de la protección de estos derechos es claramente visible en la jurisprudencia de los tribunales supranacionales encargados de la aplicación e interpretación de los preceptos que los contienen en los precitados textos internacionales. De forma singularmente relevante ha de tenerse en cuenta la amplia interpretación jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 6o, del Convenio de Roma que, según ya se ha mencionado, garantiza el derecho a un proceso justo. La trascendencia de la interpretación jurisprudencial llevada a cabo por el Tribunal Europeo en relación con este derecho es tal que despliega sus efectos más allá de su ámbito de aplicación: no se trata sólo de que sus sentencia informen la praxis de los tribunales ordinarios y constitucionales de los Estados signatarios del Convenio de Roma; además, y de acuerdo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, puede considerarse aplicable a la

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;

b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;

c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan;

d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;

e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia.

²⁷ Artículo 47. Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial.

Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.

Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

hora de interpretar el artículo 80, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que tiene un contenido sustancialmente idéntico.²⁸

III. LA INFLUENCIA DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN LA MODIFICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Hasta este punto se ha tratado de señalar que el proceso penal moderno es el resultado de una evolución dirigida a limitar el poder del Estado en el ejercicio del *ius puniendo*.²⁹ En este contexto, el estricto respeto a los derechos fundamentales constituye un elemento legitimador del ejercicio del poder en el Estado constitucional, y por lo tanto se identifican como los principios que inspiran su estructura y funcionamiento.

Sin embargo, debe señalarse que en los últimos años el Estado constitucional de derecho enfrenta un conjunto de retos o amenazas que han incidido directamente en la forma en que se conceptúa al proceso penal. En efecto, amenazas como el fortalecimiento del terrorismo o la delincuencia organizada han modificado muchas de las reglas que considerábamos esenciales en el proceso penal. En nuestro país, el crecimiento de la inseguridad pública y la crisis del sistema de justicia penal han provocado que el proceso penal deje de ser tema de debate entre especialistas en la materia, ya que la sociedad civil ha salido de su letargo y ha dejado muy clara su inquietud³⁰ y reclama respuestas efectivas con urgencia.

En este contexto, surge lo que ha sido calificado como *derecho penal del enemigo*, es decir, un derecho penal en que el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus *enemigos*, conminando sus delitos con penas draconianas, recortando las garantías procesales y ampliando las posibilidades de sancionar conductas alejadas de la lesión de un bien jurídico.³¹

²⁸ Cfr. “El Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos” 5/96, del 10. de marzo de 1996, en el caso 10970, Mejía C., Perú, p. 209.

²⁹ Cfr. Sobre este punto también pueden verse los capítulos iniciales de la obra de Montero Aroca, J., *Derecho jurisdiccional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, t. I.

³⁰ En este sentido, la reciente marcha de protesta por la inseguridad, espontáneamente organizada por la sociedad civil, en la ciudad de México, representa una manifestación de lo importante que es el sistema de justicia penal en la vida cotidiana del ciudadano ordinario.

³¹ Jakobs, G., “La ciencia penal ante los retos del futuro”, trad. de Teresa Manso, en Eser et al., *La ciencia del derecho penal ante el cambio de milenio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

El problema principal, como se ha señalado es: ¿quién define al enemigo y cómo se le define? ¿A qué tipos de sujetos, autores de delitos se incluye en el grupo de los ciudadanos o en el de enemigos? Y todavía más importante es la pregunta ¿Es compatible con el Estado de derecho y con el reconocimiento a todos sin excepciones de los derechos humanos fundamentales? De donde nos podríamos plantear: ¿es compatible con el viejo principio de somos iguales todos ante la ley?³² Lo que al final nos llevaría a preguntarnos: ¿es posible dentro del Estado de derecho la coexistencia de dos modelos de derecho penal, uno respetuoso con las garantías y con los derechos fundamentales y otro puramente policial para “enemigos”, que haga tabla rasa de los principios y garantías característicos del Estado de derecho?³³

Es esta situación de nuestro país, donde, como se ha señalado, con la creación de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada se ha creado un proceso paralelo, con una sistemática disminución de garantías que en muchos casos atenta contra el texto literal de nuestra carta fundamental. En nuestra opinión, debe replantearse el modelo y en lugar de optar por un proceso diferenciado de buscarse el fortalecimiento de las instituciones encargadas del combate a esta clase de criminalidad.

³² Muñoz Conde, F., *El derecho penal del enemigo*, México, INACIPE, 2003, p. 31.

³³ *Ibidem*, p. 33.