

ALGUNOS TEMAS ACTUALES EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA: REFORMA Y REFORMAS

Sergio GARCÍA RAMÍREZ

SUMARIO: I. *Preámbulo*. II. *La reforma constitucional*. III. *Los factores de las reformas recientes*. IV. *Los derechos humanos y el control jurisdiccional*. V. *Seguridad pública y justicia penal*.

I. PREÁMBULO

Estas notas sirven a un doble propósito. Por una parte, en ellas reconstruyo y amplío la intervención que tuve en el seminario internacional “El constitucionalismo mexicano. Influencias continentales y trasatlánticas”, correspondiendo a la invitación que me formuló Patricia Galeana —a quién cordialmente agradezco— para participar en este importante encuentro. El seminario permitió establecer una visión panorámica sobre múltiples cuestiones que atañen al orden jurídico mexicano, en el más elevado plano normativo.¹

Por otra parte, incorporo este artículo, como expresión de gran aprecio, afecto y agradecimiento, a la obra de homenaje a don Emilio O. Rabasa Mishkin, mi profesor de Teoría del Estado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México en el distante curso de 1956, secretario del jurado ante el que sustenté examen para obtener el título de licenciado y cordial amigo de muchos años, todos los transcu-

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ El seminario fue organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Senado de la República. Se realizó en el auditorio “Sebastián Lerdo de Tejada”, del Senado. Intervine como expositor en la sesión del 6 de febrero de 2009.

rridos desde entonces hasta la fecha de su fallecimiento.² Ya en otras ocasiones tuve el privilegio de concurrir a tareas dirigidas por el distinguido constitucionalista u organizadas en su honor.³

Agradezco la hospitalidad de estas páginas para recoger algunas reflexiones, brevemente expuestas, sobre diversos temas que poseen relevancia y actualidad en el ordenamiento constitucional mexicano, y que ciertamente la tienen para la nación mexicana. Atañen a diversas vertientes de nuestra vida republicana, en las que se proyecta la compleja relación entre el Estado poderoso y el individuo amparado por derechos que a menudo parecen nominales y que es preciso trasladar a la realidad con defensas efectivas. Desembarco en tierras que he transitado a menudo, convencido, por lo demás, de que las cuestiones constitucionales no pueden ser ajenas a ningún estudioso o practicante del derecho, cualquiera que sea la rama a la que dedique sus atenciones principales.

En este caso aludiré tanto a la tendencia y ritmo de las reformas constitucionales en general, como a algunas de éstas, entre las más recientes. A ellas me he referido con frecuencia, antes de ahora, en diversos foros y publicaciones. Abordaré, por una parte, los cambios iniciados en 1994 y vigentes en 1995, para “reformular la justicia”;⁴ por la otra, las modificaciones, promovidas en 2007 y publicadas en 2008, para revisar la “justicia penal” y la seguridad pública,⁵ temas que marchan de la mano

² El doctor Rabasa Mishkin, tratadista destacado, fue profesor en la Facultad de Derecho, secretario del doctorado en la misma institución e investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Ocupó diversos y destacados cargos en el gobierno de la República, entre ellos el de secretario de relaciones exteriores.

³ Por invitación suya redacté diversos comentarios sobre preceptos de contenido penal en su conocida obra (en coautoría con Gloria Caballero) de divulgación constitucional, *Mexicano: esta es tu Constitución*, México, Cámara de Diputados, Porrúa, México, 1994. En la edición de 1997, figuran mis comentarios a los artículos 16, 19, 20, 21, 22, 73, 76, 79, 89, 93, 102, 107, 108, 110, 111 y 119 (pp. 71-81, 86-88, 91-96, 98-99, 218-220, 226-229, 245, 248-249, 278-281, 303, 309, 314, 317, 339-341). Intervine como orador en la ceremonia luctuosa organizada en su honor, al poco tiempo de su fallecimiento, por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, en la que profesó Teoría del Estado durante muchos años. En este caso, participé por invitación —que cordialmente agradezco— del director de esa Facultad, Ruperto Patiño Manffer, y de la familia del ilustre jurista.

⁴ A estos cambios me he referido, *in extenso*, en mi libro *Poder Judicial y Ministerio Público*, México, Porrúa, 3a. ed., 2006.

⁵ He examinado dichas modificaciones, detalladamente, en *La reforma penal constitucional (2007-2008). ¿Democracia o autoritarismo?*, 2a. ed., México, Porrúa, 2009.

en nuestra circunstancia contemporánea, sembrada de violencia y desconcierto. Se trata, en suma, de examinar la prevalencia y eficacia de los derechos fundamentales y su proyección en el espacio más inclemente: el delito, el juicio, la pena.

En virtud de que he concluido la elaboración de este texto en los primeros días de mayo de 2009, quedan fuera de su ámbito las reformas constitucionales o secundarias que en este mismo mes se hallan en curso, con diversos avances; reformas que ahora enfilan hacia el *Diario Oficial de la Federación*, en jornadas legislativas gobernadas por la urgencia —y la premura, que mengua la reflexión y excluye el debate—, pero en todo caso doy noticia de esas propuestas, consciente de que algunas de ellas alcanzarán vigencia antes de que mi artículo vea la luz en las publicaciones a las que se destina. Las más inquietantes son, por supuesto, las concernientes a la reforma penal.

II. LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Desde hace algún tiempo hemos hablado de darnos una nueva Constitución. Esta inquietante iniciativa proviene de diversas fuentes. Algunas son académicas, bien informadas, que explican la propuesta a la luz de la reordenación y actualización del texto constitucional,⁶ otras, son políticas, que prosiguen la crítica de las corrientes conservadoras a la Constitución de 1917, a la manera de Jorge Vera Estañol —que denunció esta carta, la asamblea que la produjo y el movimiento que generó una y otra,⁷

⁶ *Cfr.*, p. ej., el parecer de Miguel Carbonell, que expone la amplia agenda de los cambios que, en su concepto, requiere el ordenamiento constitucional mexicano. Son numerosas y relevantes. Al cabo de sus reflexiones, plantea una pregunta sustancial: “¿Sirve todavía la Constitución de 1917?”. Varían las posiciones a este respecto: seguir con el texto actual, realizando pequeños cambios de matiz; crear un texto constitucional completamente nuevo, con intervención de un Congreso Constituyente, o incorporar “muchos cambios y muy profundos” mediante el mecanismo previsto en el artículo 135 de la Carta de Querétaro. En síntesis, el autor considera agotado el texto de 1917 y estima deseable contar con una nueva Constitución. Advierte, sin embargo, los problemas que entraña esta solución y conviene en que “la vía quizá más prudente sea la de intentar una gran reforma constitucional” de carácter integral. Carbonell, Miguel, *La Constitución pendiente. Agenda mínima de reformas constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, esp. pp. 168 y ss.

⁷ Bajo “el triple aspecto jurídico, político y revolucionario, la Asamblea de Querétaro fue bastardo brote de un golpe de Estado, y su obra —la Constitución de 1917— espurra también, está irremisiblemente condenada a desaparecer cuando el pueblo recobre su

denuncias que hoy mismo merodean en muchas conciencias, más o menos sigilosas y subterráneas—, y desean volver la página de los progresos constitucionales en materia social y ofrecer antiguos proyectos históricos con nuevas presentaciones. No podríamos olvidar en este momento el asedio de 2001, ni algunas expresiones peyorativas que entonces surgieron a propósito de nuestra ley fundamental, provenientes, generalmente, de sectores o personajes oriundos de las filas conservadoras, con o sin fachada liberal.

No parece cercano el momento —ni lo creo deseable, por ahora— en que emprendamos la aventura de emitir una nueva Constitución, pese a las arremetidas de la corriente conservadora. En general, nuestras leyes fundamentales no han sido oriundas del pacto social, sino de la revolución —como la Carta de 1917—, o de la fuerza de un gobernante o de un gobierno.⁸ Estamos lejos de contar con una experiencia y una circunstancia comparables a los acuerdos de La Moncloa,⁹ que abrieron el cauce de la nueva constitución democrática española y cimentaron un régimen de esta orientación, acreditado en el curso de tres décadas. Para ello hubo que llegar a consensos difíciles y admitir renunciaciones parciales, sin sacrificio de valores inderogables, como hizo notar Peces Barba,¹⁰ No digo,

libertad (...). Vera Estañol, Jorge, *Al margen de la Constitución de 1917*, Los Angeles, Wayside Press, s/f, pp. 11-12

⁸ Para un panorama sobre la formación de las Constituciones, con referencia a los últimos tiempos, *cfr.* Miranda, Jorge, “Momentos constitucionais e mudança política”, en Pérez Royo, Javier *et. al.*, *Derecho constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Navarra, Aranzadi, 2006, t. I, pp. 71 y ss.

⁹ Esos acuerdos “fueron suscritos en circunstancias muy propicias para el cambio: no había propiamente un enfrentamiento entre el grupo político que ejercía el poder y los demás partidos; se contaba con el liderazgo, políticamente neutral, del monarca; operaba con eficiencia una maquinaria burocrática que garantizaba, además, neutralidad política; habían aparecido medios de comunicación que apoyaban el proceso de convivencia y de acuerdos; y la primera fase de la transición, significada por la presencia de un nuevo jefe de Estado, se había llevado a cabo a satisfacción incluso de los grupos y partidos que sostenían históricamente la bandera de la República”. Valadés, Diego, “El nuevo constitucionalismo iberoamericano”, en María Hernández, Antonio, y Valadés, Diego, *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos. Homenaje a Pedro J. Frías*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003, p. 333.

¹⁰ Todos “los grupos han dejado parte de sus esperanzas propias, de sus esperanzas sectoriales y de su ideología, a fin de que con un acuerdo sobre la parte dogmática se pudieran superar fatídicas votaciones por mayorías o minorías en momentos en que nos parecían inadecuadas. Por eso, en esa dejación, en esa ascesis o pérdida de parte de nosotros

por supuesto, que sea impracticable el acuerdo mexicano: sólo parece remoto.

Como observa Carpizo, “la creación de una nueva Constitución no es un ejercicio teórico, no es una discusión académica, no es la expresión de buenos deseos. Se crea una nueva Constitución cuando existe una ruptura —pactada o no— del orden jurídico”.¹¹ Ha prevalecido, en el diluvio de opiniones en un sentido y en otro, la conclusión desfavorable al relevo completo de la ley fundamental. En este sentido se pronuncia, entre otros autores, Héctor Fix-Zamudio: “no resulta conveniente ni menos aún necesario sustituir nuestro actual texto constitucional de 1917”.¹² Eduardo Andrade considera que “en las condiciones políticas actuales de nuestro país (...) un Congreso Constituyente sólo conseguiría reunir todos los problemas y muy probablemente, dificultar todas las soluciones”.¹³

También hemos hablado —y ensayado— la reforma de la Constitución en puntos en que es indispensable y practicable hacerlo. Preside estos afanes un concepto recurrente, en México y en otros espacios: la reforma del Estado, que ha generado comisiones y ordenamientos.¹⁴ En torno a esa reforma militan, enfrentados, partidarios y detractores.¹⁵ Es preciso,

mismos, creemos que (...) todos los grupos parlamentarios hemos ganado”. Cit. Remotti Carbonell, José Carlos, *Constitución y medidas contra el terrorismo. Las suspensión individual de derechos y garantías*, Madrid, COLEX, 1999, pp. 113-114.

¹¹ Carpizo, Jorge, “México ¿Hacia una nueva Constitución”, en Varios, *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, p. 100.

¹² Fix-Zamudio, Héctor, “Hacia una nueva constitucionalidad. Necesidad de perfeccionar la reforma constitucional en el Derecho mexicano. Las leyes orgánicas”, *ibidem*, p. 192.

¹³ Andrade, Eduardo, “¿Nueva Constitución? ¿Para qué?”, *ibidem*, p. 11.

¹⁴ Así, la Ley para la Reforma del Estado, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 13 de abril de 2007. Estableció la Comisión Ejecutiva de Negociación y Construcción de Acuerdos del Congreso de la Unión, como órgano rector del proceso de reforma del Estado en México (artículo 2o.). La vigencia de este ordenamiento concluyó el 13 de abril de 2008, en los términos del artículo séptimo transitorio de la misma ley. Cfr. http://es.wikipedia.org/wiki/Ley_para_la_Reforma_del_Estado. Igualmente, cfr. <http://www.senado.gob.mx/comisiones/LX/reformadelestado>

¹⁵ Se ha sostenido, por ejemplo, que la reforma del Estado, en las condiciones prevalecientes, sólo implica que “el Estado debe modificarse en todo (lo que) impida la operación de un libre capitalismo oligopólico”. Saldaña Harlow, Adalberto, *Reforma del Estado. Consideraciones de Derecho político*, México, México, Asociación Nacional de Abogados Democráticos, 1996, p. 36. En otra trinchera, se hace la refutación de cargos, resumidos como sigue: “1) la reforma del Estado traiciona a la Revolución Mexicana; 2)

en todo caso, establecer el alcance que damos a esa expresión,¹⁶ que en nuestro medio suele aludir a la revisión de las instituciones políticas,¹⁷ o bien, dicho de otra manera, de las instancias del poder, las condiciones en que operan quienes lo ejercen —formalmente— y las relaciones que existen entre ellos. Dicho de otra manera: el estatuto del poder formal, la distribución de sus prerrogativas y las reglas del trato entre los protagonistas.

Cuando hablamos de reforma del Estado ¿nos referimos —como ha ocurrido con frecuencia— a la necesidad de expedir nuevas reglas de poder para el trato entre los poderosos, con escasa trascendencia en la vida de los supuestos destinatarios de los bienes que comprometen al Estado y que se hallan explícitos en los documentos fundacionales de la era moderna y en los textos iniciales del constitucionalismo mexicano?¹⁸

la reforma del Estado es injusta; 3) la reforma del Estado es antidemocrática; y 4) la reforma del Estado es antinacionalista”. Rebolledo, Juan, *La reforma del Estado en México*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 187. Sobre diversas propuestas para la reforma del Estado, cfr. Muñoz Ledo, Porfirio, *Comisión de Estudios para la Reforma del Estado. Conclusiones y propuestas*, México, UNAM, 2001.

¹⁶ En una reflexión de conjunto sobre las aportaciones al seminario internacional sobre la Reforma del Estado, celebrado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, que permitió reunir un amplio e importante acervo de experiencias, reflexiones y sugerencias en torno a esa materia, con acento en ciertos temas descollantes y en los trabajos cumplidos en algunos Estados, Diego Valadés observa: “No parece posible, ni siquiera deseable, establecer un concepto unánimemente compartido acerca del Estado y de los alcances de su reforma; basta con que se sostenga la convicción generalizada de que, cualquiera que sea el concepto que se sustente y la orientación política que se profese, en México y en muchos otros países se habla del mismo tema, aun cuando las acepciones varíen entre las diversas comunidades y, desde luego, también en el interior de ellas”. Valadés, Diego, “A manera de conclusión: Estado reformado y Estado reformable”, en Varios, *La reforma del Estado. Estudios comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Presidencia de la República, 1996, p. 607.

¹⁷ José María Serna de la Garza observa, con razón, que “en México ha comenzado a discutirse sobre la reforma del Estado, entendida ésta (...) como la reorganización de las instituciones políticas del más alto nivel (en particular, el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo), así como la modificación de las normas que regulan sus relaciones recíprocas”. Serna de la Garza, José María, *La reforma del Estado en América Latina: los casos de Brasil, Argentina y México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 201.

¹⁸ Así, en el plano general, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (“para garantizar (los derechos inalienables) se instituyen entre los hombres los gobiernos”) y la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (artículo

Esta tendencia, tan distante de las necesidades y aspiraciones de esos destinatarios, mujeres y hombres de carne y hueso, reanuda la corriente que dominó el constitucionalismo liberal¹⁹ de 1857, con algunas salvedades notables en el Congreso Constituyente y en el grupo liberal que dominaba la escena: por ejemplo, las de Ignacio Ramírez y Ponciano Arriaga.²⁰

¿O se trata —bajo el rubro de la reforma del Estado— de emprender nuevas orientaciones y disposiciones para la relación entre el poder público y los individuos, que traiga consigo beneficios concretos para la vida cotidiana y el desarrollo de éstos y acredite el carácter verdaderamente “antropocéntrico” de la ley fundamental?²¹ De ser así, se estaría reconociendo el fracaso de las políticas que han prevalecido en años recientes —reductoras de los derechos del individuo, so pretexto de menguar y acotar las potestades, insufribles, del poder público— y se avanzaría en la recuperación del signo y el rumbo del constitucionalismo social que apuntó en el inicio del siglo XX mexicano.²²

20.: “La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre (...)”; en el nacional, la Constitución de Apatzingán (artículo 24: “La felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos consiste en el goce de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad. La íntegra conservación de estos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos y el único fin de las asociaciones políticas”) y la Constitución de 1857 (artículo 10.: “El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales”).

¹⁹ En la evolución del liberalismo mexicano decimonónico, quienes pertenecían a esta corriente se aproximaron a la cuestión social a través del examen de las condiciones de la tierra, de los trabajadores no agrícolas y de las clases desvalidas en general. Cfr. Reyes Heróles, Jesús, *El liberalismo mexicano*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1961, t. III (*La integración de las ideas*), p. 644.

²⁰ De éste, cfr. el aleccionador voto, desatendido por el Constituyente, “Derecho de propiedad. Voto del señor Arriaga”, en Tena Ramírez, *Leyes constitucionales de México. 1808-1973*, 5a. ed., México, Porrúa, 1973, pp. 573 y ss.

²¹ Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 3 y 11.

²² Cfr. Mi desarrollo del tema en “Raíz y horizonte de los derechos sociales en la Constitución Mexicana”, en Varios, *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José, Costa Rica, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, pp. 77 y ss., reproducido en mis *Estudios jurídicos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 15 y ss. También, “El tema de la justicia en la Constitución”, en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones. Estudios históricos y doctrinarios*, 7a. ed., México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2007, t. XXV, pp. 771 y ss.

En todo caso, “una cosa es la reforma del Estado en países desarrollados y otra esa reforma —que nunca podría ser la misma— en países donde aún existe una mayoría de desvalidos”.²³ El retraimiento del Estado no implica apenas una deseable sustracción de poderes a las desbordantes instancias de autoridad, sino también una reducción de la capacidad de éste para enfrentar deberes hacia la sociedad y sus integrantes, lo cual reduce, *de jure* y *de facto*, los derechos de los ciudadanos, o en todo caso la posibilidad de que los derechos nominales lleguen a ser derechos reales, efectivamente ejercidos. Debiera mirarse el tema desde esa perspectiva cuando se delibera sobre los extremos en pugna: Estado “máximo”, abrumador, y Estado “mínimo”, impotente.²⁴ La reforma puramente “formal”, desatenta a las condiciones reales de la vida social, puede generar efectos devastadores.²⁵

Me permitiré reiterar los términos que he utilizado en otra ocasión: “Los vientos que soplan erosionan al Estado. Con minuciosa determinación pasamos del Estado máximo al Estado mínimo, pero no siempre advertimos que ambos pueden ser Leviatanes”. Lo cierto es que “la acción y la omisión son igualmente eficaces para producir un daño. Y en todo caso hay una amplia variedad de Leviatanes en la numerosa flota de los poderes reales”. Los hechos —instancia a la que debemos remitirnos, so

²³ Para éstos —agreguemos— “la modernización reductora del Estado, la economía de mercado, el flujo de las leyes económicas, parecen apenas una rareza, cuando no una amenaza”. García Ramírez, “Sobre el Estado de Derecho”, *Estudios jurídicos...*, *cit.*, pp. 79 y 80.

²⁴ García Ramírez, “Sobre el Estado...”, *ibidem*, pp. 75 y ss. Ahí mismo sostengo: “Por lo que toca al antagonismo Estado liberal—Estado social (...), si antes se miraba al benefactor más allá del Estado indiferente, ahora es esto lo que se observa más allá del Estado benefactor. El gran asunto pendiente en muchos países, entre los que figura México, es el medio para consumir la reforma sin dejar en el camino a la mitad del pueblo (...)”. *Ibidem*, p. 79.

²⁵ Cuando examina el tema a la luz de las reformas emprendidas en Brasil, José María Serna de la Garza recuerda que en el debate político-institucional se sugirió que “la democracia formal no puede ser estable si no se adoptan medidas relacionadas con la noción de democracia sustancial”. De no “resolver el problema económico y social, las jóvenes democracias de la región (latinoamericana) podrían enfrentar presiones que probablemente no puedan contener dentro del esquema constitucional democrático”. Serna de la Garza, José María, “Transiciones en América Latina: reflexiones sobre la reforma político-institucional en Brasil y Argentina”, en Varios, *Transiciones y diseños institucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, p. 237. Del mismo Serna de la Garza, *cfr. La reforma del Estado en América Latina: los casos de Brasil, Argentina y México, cit.*, pp. 69 y ss.

pena de navegar en ilusiones— acreditan que “el dilema sobre el Estado máximo o mínimo, o bien, acerca de las dimensiones del Estado —una suerte de volumetría del quehacer público— es un falso dilema. Reducir por reducir es tan erróneo como ampliar por ampliar”. Convengamos, en efecto, en que “la clave de la cuestión se halla en otra parte: ¿qué clase de Estado y qué clase de funciones públicas se requieren para el desarrollo de los ciudadanos?”²⁶. Advertir esta verdad —de a kilo, por cierto— fue el gran mérito del “núcleo fundador” de la Constitución de 1917,²⁷ ajeno a la técnica constituyente, pero no a los apremios del pueblo.

Por supuesto, en ninguna de las hipótesis o versiones sobre la reforma del Estado se prescinde de lo que pudiera denominarse “reingeniería”²⁸ o “rediseño”²⁹ constitucional. Ambas lo suponen y lo reclaman, cada una a su manera. Y en todo caso habría que tomar en cuenta, si no queremos sembrar en la arena, la circunstancia y el horizonte de las novedades constitucionales, que tienen origen y destino nacionales; es decir, nacionalidad precisa, sin perjuicio del aire universal que no podemos —ni queremos— perder. La mera transferencia de instituciones, el trasiego

²⁶ “La Constitución mexicana y el Estado de Derecho social”, en *Temas de derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Autónoma del Estado de México-Seminario de Cultura Mexicana, 2002, pp. 9 y 10. Este artículo apareció previamente en Varios, *La Constitución de hoy y su proyección hacia el siglo XXI*, México, Instituto de Investigaciones Bibliográficas, Biblioteca y Hemeroteca Nacionales, UNAM, 1997, pp. 156 y ss. En sentido semejante, Valadés apunta: “el repliegue funcional del Estado significa la reducción de sus responsabilidades equilibradoras en la sociedad, de sus aptitudes para resolver conflictos y de sus capacidades para distribuir la riqueza”. “Estado reformado...”, en *La reforma...*, *cit.*, p. 608.

²⁷ Al respecto, *cfr.* Madrazo, Jorge, “Pastor Rouaix”, en Varios autores, *La Constitución mexicana de 1917. Ideólogos, el núcleo fundador y otros constituyentes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990, pp. 374 y ss.

²⁸ El concepto de “ingeniería constitucional” supone, en el pensamiento de un eminente tratadista, tanto la eficacia instrumental como la neutralidad de fondo. En efecto, Giovanni Sartori señala que “las constituciones establecen la manera en que se crearán las normas; no deciden, ni deben decidir, qué debe ser establecido por las normas. Es decir, que las constituciones son, ante todo, procedimientos cuya intención es la de asegurar un ejercicio controlado del poder. Por tanto, y por el contrario, el contenido de las constituciones es y debe ser neutral”. Sartori, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, trad. de Roberto Reyes Mazzone, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 217.

²⁹ Cambio de diseño que no implica, necesariamente, transición. *Cfr.* Huerta Ochoa, Carla, “Constitución, transición y ruptura”, en Varios autores, *Transiciones y diseños...*, *cit.*, p. 77.

de novedades, conduciría a cambios nominales y aportaría soluciones de este mismo carácter, desplegadas sobre ciudadanos “imaginarios”.³⁰

Ahora bien, en estas deliberaciones sobre el cambio constitucional, no hemos hablado —o no se ha evidenciado, a través de un discurso franco y explícito— del proyecto de reelaboración paulatina de la ley fundamental, que ha venido ocurriendo a través de sucesivas reformas constitucionales. En una década difícil ha habido cambios en temas descollantes que permiten suponer que estamos haciendo, a la “chita callando”, una nueva Constitución, impulsada por diversos factores, a los que en seguida aludiré, entre los que figuran la febrícula protagónica y el golpe constante de circunstancias cuyo manejo supera la competencia o el ingenio de los gobernantes.

Obviamente, cada cambio proclama sus propias justificaciones —que las hay, sin duda, asidas a los tiempos que corren y a las condiciones que éstos producen—, pero también suscita preocupaciones de mayor alcance en torno al conjunto de las reformas. Cada una parece obedecer a una necesidad autónoma y a una circunstancia propia. Son, pues, reformas circunstanciales; achaques aislados, en algunas de las varias acepciones de esa palabra.³¹ No se advierte la existencia de una relación ordenada entre todas, que corresponda a una “carta de navegación” nacional para enfilar el rumbo y, con él, el gran proyecto de nación. Ha languidecido la idea misma de un proyecto nacional, expresada en la propia Constitución,³² que debiera ser, ella misma, ese proyecto magnífico.

La página *web* de la Cámara de Diputados da noticia de ciento ochenta y seis leyes o decretos de reforma constitucional publicados entre el 5 de

³⁰ Título de la obra de Fernando Escalante, Gonzalbo, *Ciudadanos imaginarios*, México, El Colegio de México, 1992.

³¹ No se puede decir que los cambios hayan sido la manifestación de una “agenda legislativa explícita, sino “la condición necesaria para conseguir la viabilidad de las transformaciones económicas y políticas del sistema; de ahí que se dieran en “sectores y períodos de tiempo diferenciados”. López Ayllón, “Globalización y transición del Estado nacional”, en González y López Ayllón (eds.), *Transiciones...*, *cit.*, p. 340.

³² El apartado A del artículo 26, incorporado por la reforma de 1982, alude a los “fines del proyecto nacional contenidos en esta Constitución”, que determinarán los objetivos de la planeación. “Esta afirmación es de fundamental importancia —sostiene el autor de la iniciativa de reforma de 1983, Miguel de la Madrid—, ya que explícitamente se reconoce que el proyecto nacional está contenido en la propia Constitución, siguiendo la tesis mexicana de que la Constitución no es sólo norma, sino un programa de acción”. De la Madrid, Comentario al artículo (26), *Derechos del pueblo mexicano...*, 4a. ed., México, 1994, t. IV, p. 221.

febrero de 1917 y el 4 de mayo de 2009.³³ Por supuesto, es mucho mayor el número de “toques” a normas, si hacemos el cómputo a partir de artículos, fracciones e incisos.³⁴ Algunas reformas han comprendido un amplio conjunto de preceptos, abordados en un mismo instrumento. Por ejemplo, fueron veintisiete los artículos reformados conforme al decreto del 31 de diciembre de 1994 (reforma judicial); veinte los alterados, agregados o suprimidos el 22 de agosto de 1996 (reforma político-electoral, absurdamente calificada como “definitiva”);³⁵ y han sido diez, para no hablar de más casos, el 18 de junio de 2008 (reforma de seguridad pública y justicia penal). En doce años (dos sexenios solamente, “unidad de medida que fue muy significativa en función de la autoría de las iniciativas, y hoy lo es mucho menos)³⁶ ha habido cuarenta y nueve instrumentos de reforma.

III. LOS FACTORES DE LAS REFORMAS RECIENTES

Bajo este epígrafe aludo a factores o elementos que se hallan en el origen, el desarrollo y el propósito de las reformas a la Constitución General de la República, que es posible observar en el proceso que va del planteamiento a la aprobación del cambio constitucional, y que contribuyen a explicarlo y, en su caso, justificarlo o legitimarlo. Se trata, desde luego, de datos promotores o provocadores de la reforma que pueden combinarse en diversa proporción, y es frecuente que así suceda.³⁷

³³ Cfr. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm . Igualmente, cfr. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm.

³⁴ Dentro de sus respectivos espacios temporales, cfr., por ejemplo, la noticia sobre reformas constitucionales que suministran Sayeg Helú, *El constitucionalismo social mexicano*, 2a. ed., UNAM, ENEP Acatlán-Acciones y Valores de México, S.A.de C.V./ Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, México, 1987, t. 2, pp. 427 y ss.; Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano a fin de siglo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, 1995, pp. 65 y ss.; y Gutiérrez S. Sergio Elías y Reyes S. Roberto, *La Constitución mexicana en el siglo XX*, México, Las Líneas del Mar, 1994, pp. 89 y ss. Asimismo, cfr. las páginas web citadas en la nota anterior.

³⁵ Cfr. mi comentario al respecto en *Poder Judicial...*, cit., pp. 148-149.

³⁶ Cfr. página web http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_per.htm. Asimismo, cfr. López Ayllón, “Globalización y transición del Estado nacional”, en González y López Ayllón (eds.), *Transiciones...*, pp. 330 y ss., y Gutiérrez S. y Rives S., *La Constitución...*, cit., pp. 106 y ss.

³⁷ Examiné esta materia a propósito de la reforma de 1994-1995, en *Poder Judicial...*, cit., pp. 25 y ss.

Pongamos en primer término lo que he denominado el desarrollo “fisiológico” de las instituciones, es decir, el desenvolvimiento natural del derecho proveniente de la experiencia, la necesidad y la posibilidad. He aquí un factor racional, con sólido cimiento, aunque ciertamente no garantiza por fuerza que las reformas sean “definitivas”, como se dijo en 1996 —antes lo mencioné— con expresión ingenua o pintoresca.

Otro dato del cambio es la crisis. Las nuevas generaciones —e incluso algunas anteriores— han transitado de crisis en crisis. Hay crisis total, que engendra un nuevo orden, como la que determinó la Constitución de 1917 y la República que emergió al calor de aquélla. Y hay —como ahora mismo, e inmediatamente antes de ahora— crisis sectoriales, a las que es preciso poner inmediata atención y razonable paliativo, que impida el desbordamiento, mientras acude la solución de fondo: crisis político-electoral, crisis de derechos humanos, crisis de justicia, crisis de seguridad. Todas han aparecido, proliferado, persistido, con diversas modalidades y contados alivios, en los años finales del siglo XX e iniciales del XXI. Son, por lo tanto, los “dones de esta hora”. Ninguna parece haber cedido lo suficiente para que la sociedad recupere el sueño, tan alterado.

También es factor de reformas la asunción de modas legislativas o doctrinales; admisión nerviosa de tecnicismos que en sí mismos no poseen una entidad ni recogen un apremio que justifique los desvelos del Poder Revisor de la Constitución. Aquí opera una fuerza poderosa, aliada de las circunstancias y poseída por la oportunidad: el ánimo del suscriptor de la reforma que deja en ella su “huella histórica”; esto significa un simple protagonismo constituyente.

Igualmente nos ha movido, en muchas ocasiones, el supuesto poder milagroso de la reforma legal o la proliferación normativa, ilusión que desconoce antiguas y prudentes enseñanzas. Recordemos a Descartes³⁸ e invoquemos, entre los nuestros, al antiguo Emilio Rabasa, abuelo del personaje a cuyo homenaje dedico estas líneas: “todo lo hemos esperado de la ley escrita, y la ley escrita ha demostrado su incurable incompetencia”.³⁹

³⁸ “La “exagerada multiplicidad de leyes es con frecuencia excusa de las infracciones (...) los Estados mejor organizados son los que dictan pocas leyes, pero de rigurosa observancia”. Descartes, René, *Discurso del método*, 7a. ed., México, Porrúa, 1980, p. 15.

³⁹ Rabasa, Emilio, *La Constitución y la dictadura. Estudio sobre la organización política de México*, 3a. ed., México, Porrúa, 1956, p. 8.

Esta ilusión informa una expresión que fue muy socorrida, y lo es todavía: ser “país de leyes” —¿en el sentido platónico de la expresión: hombres gobernados por leyes, no apenas por el arbitrio de otros hombres?— y no sólo Estado de Derecho, que sería, por supuesto, suficiente. Mido mis palabras: no pretendo, de ninguna manera, favorecer el inmovilismo, pero tampoco precipitar reformas tan vistosas como engañosas, que las ha habido.

No sólo de leyes vive el hombre. En su voto particular sobre el Acta de Reformas del 5 de abril de 1847, Mariano Otero recordó que los “pueblos se gobiernan por los hábitos y las creencias, por la imaginación y las costumbres”,⁴⁰ reflexión que me mueve a recordar las palabras de Calamandrei en un ciclo de conferencias impartidas en México: no basta con la razón codificada de los preceptos; es necesario que detrás de la ley fundamental “se encuentre la laboriosa presencia de las costumbres democráticas con las que se pretenda y se sepa traducirla, día a día, en una concreta, razonada y razonable realidad”.⁴¹

Sigamos la relación de factores de la reforma constitucional. En ella aparece, notoriamente, el cumplimiento de ofertas político electorales. Aludiré, *infra*, a la reforma de 1995, instalada, a horcajadas, sobre el propósito de mejorar el orden judicial —intención plausible—, pero también sobre el desdén a las instituciones judiciales —como ocurrió en esa misma reforma, en la que fue muy escasa la participación de los juzgadores y que tuvo un efecto inmediato y devastador: la supresión, durante algunos días, de la Suprema Corte de Justicia—. ⁴² Nada menos.

Por último, mencionaré que muchas reformas invocan en su favor juicios que en realidad son prejuicios: es decir, se plantean a partir de una hipótesis errónea o parcial, sobre la que inmediatamente se erige, sin más, la necesidad de la reforma. Es frecuente —más todavía: frecuen-

⁴⁰ “Derecho de propiedad. Voto...”, en Tena Ramírez, *Leyes constitucionales...*, cit., p. 447.

⁴¹ *Proceso y democracia*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, p. 55.

⁴² En su oportunidad, me referí a este desmán en los siguientes términos: “La celeridad insólita y el escaso debate en torno a las reformas produjeron consecuencias preocupantes. Durante varias semanas, en enero de 1995, cesó la existencia de la Suprema Corte de Justicia: los ministros que la integraron hasta el día último de 1994 concluyeron sus encargos antes de que fuesen designados los funcionarios que debían sustituirlos conforme a las nuevas normas. El Poder Judicial quedó, pues, ‘decapitado’. Esto no milita en favor del Estado de Derecho”. *Poder Judicial...*, cit., p. 14.

tísimo— que el reformador anuncie la necesidad imperiosa de remover la normativa existente, pero no siempre analice y compruebe esa necesidad. El examen omitido permitiría establecer, más allá del discurso, por qué no bastan las disposiciones cuya reforma se pretende —fino análisis sobre la eficacia del derecho—, en el caso de que fueran aplicadas por quienes son responsables de hacerlo. De ese análisis —y sólo de él—se desprendería la condición ruinosa del edificio existente y la exigencia razonable de elevar, en su lugar, otra construcción.

IV. LOS DERECHOS HUMANOS Y EL CONTROL JURISDICCIONAL

Los derechos humanos son la cuestión vertebral del orden constitucional —lo advirtió nuestro constitucionalismo histórico—,⁴³ porque lo son de la vida de relación, vida social cotidiana, y de los deberes del Estado. Así consta en la historia y rige en el nuevo orden internacional que vincula a los poderes públicos internos a partir del carácter supraestatal de tales derechos.⁴⁴ En 1824 esos derechos perdieron presencia textual, salvo algunas normas sobre administración de justicia,⁴⁵ tras haberla tenido en textos precedentes; la recuperaron en 1857⁴⁶ y no volverían a ausentarse del pórtico de la Constitución, así sea bajo otro rótulo.⁴⁷

⁴³ Lozano, José María, *Tratado de los derechos del hombre. Estudio de Derecho constitucional patrio en lo relativo a los derechos del hombre conforme a la Constitución de 1857 y a la Ley Orgánica de Amparo de Garantías de 20 de enero de 1869*, México, Ed. facsimilar, Senado de la República, 2007, pp. 142-143., y Rabasa, *La Constitución y la dictadura...*, cit., p. 75.

⁴⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al., 3a. ed., Madrid, Trotta, 1998, p. 937; y “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global”, en Carbonell, Miguel, y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional y globalización*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Ed. Porrúa, México, 2001, p. 317. Igualmente, cfr. Gros Espiell, Héctor, “Universalismo y regionalismo en la protección internacional de los derechos humanos”, en Varios, *Los tratados sobre derechos humanos y la legislación mexicana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981, p. 8.

⁴⁵ Título V (“Del Poder Judicial de la Federación”), Sección Séptima: “Reglas generales a las que se sujetará en todos los Estados y territorios de la Federación la administración de justicia”: artículo 145 a 156.

⁴⁶ La Sección I del Título I de la Constitución de 1857 ostentó el rubro “De los derechos del hombre”.

⁴⁷ “De las Garantías Individuales”, se denomina el capítulo I del título primero de la Constitución de 1917.

No obstante esta relevancia principal de los derechos humanos, no hemos tenido hasta hoy una “puesta al día” de la materia, con pretensión integral, sino apariciones ocasionales en la escena: en tal sentido, el artículo 102, que instaló el *ombudsman* en la ley suprema,⁴⁸ y el artículo 2o., a propósito de los derechos de miembros de comunidades indígenas.⁴⁹ La igualdad de derechos entre hombres y mujeres —tema, la igualdad, de importancia superlativa: principio de *ius cogens* internacional—,⁵⁰ sólo llegó en los últimos años al artículo 1o. constitucional.⁵¹

En abril de 2004 hubo una iniciativa de amplio espectro en materia de derechos humanos, que finalmente no prosperó, atrapada en los conflictos de negociación política que propició su autor —es decir, quien la suscribió—. ⁵² Sin embargo, hubo entonces derivaciones estimables, que mostraron el buen trabajo de la Cámara de Senadores. Destaca, entre ellas, la supresión de la pena de muerte: “murió la muerte” por mano oficial.⁵³ Sin embargo, algunos quisieran que esa mano se viese de nuevo en el trance de escribir la historia hacia atrás. No sobra recordar, por otra parte, que México adoptó recientemente el Protocolo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que suprime la pena de muerte,⁵⁴

⁴⁸ En los términos de la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* del 13 de septiembre de 1999.

⁴⁹ *DOF* del 14 de agosto de 2001.

⁵⁰ Así lo ha estimado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversas oportunidades: “En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de la igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico”. Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/2003*, del 17 de septiembre de 2003, párr. 101.

⁵¹ Según reforma publicada en el *D.O.F.* el 4 de diciembre de 2006.

⁵² La iniciativa planteó reformas en la denominación del capítulo I del título primero (“De los derechos fundamentales”), y en los artículos 3o., segundo párrafo, 14, segundo párrafo, 22, primer párrafo, 33, primer párrafo, 73, fracción XXI, primer párrafo, 89, fracción X, 103, fracción I, y 105, fracción II, inciso e); adiciones de un segundo párrafo al artículo 1o., un segundo párrafo al artículo 15, un tercer párrafo a la fracción XXI del artículo 73, un noveno párrafo al artículo 102, apartado B) e incisos g) y h) en la fracción II del artículo 105, así como la supresión del último párrafo del artículo 22.

⁵³ *DOF* el 9 de diciembre de 2005. El 29 de junio de ese mismo año se publicó el decreto que suprimió la pena de muerte en el Código de Justicia Militar, que la retenía en el artículo 142.

⁵⁴ La adhesión de nuestro país al Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte, del 28 de junio de 2006, fue

así como el Protocolo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que persigue el mismo fin.⁵⁵

En los últimos días —23 de abril de 2009—, una nueva propuesta de reformas se anima en el tema de los derechos humanos. Acoge algunas sugerencias del proyecto del Ejecutivo de 2004, así como varias de diputados federales: veintiocho iniciativas recientes de éstos, pendientes de dictamen. No siempre mejora o enriquece estas fuentes. Me referiré ahora mismo a ciertos cambios en el empleo de expresiones constitucionales y luego aludiré, donde corresponda, a las novedades recibidas en ese dictamen de diputados.⁵⁶ Insisto nuevamente: puesto que la redacción de mi artículo concluyó en mayo de ese año, las referencias se contraen al estado que guardaba la cuestión en ese momento, aún incompleto el examen por el Poder Revisor.

El dictamen de 2009 plantea una nueva denominación para el capítulo I del título primero: “De los derechos humanos”.⁵⁷ Con ello abre la

depositada el 20 de agosto de 2007 y el decreto promulgatorio fue publicado en el *D.O.F.* el 9 de octubre de este mismo año. Por otra parte, una distinguida tratadista sostuvo que antes de que México adhiriera al Protocolo de la Convención Americana, la sanción capital había desaparecido del ordenamiento mexicano y que su restablecimiento por el legislador secundario entrañaría violación a aquel instrumento y a la propia ley fundamental. Cfr. Islas de González Mariscal, Olga, “La pena de muerte en México”, en Díaz-Aranda, Enrique, e Islas de González Mariscal, Olga, *Pena de muerte*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003, pp. 60 y ss.

⁵⁵ La adhesión de México al segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte se produjo el 28 de junio de 2007 y quedó depositada el 26 de septiembre siguiente; el respectivo decreto promulgatorio apareció en el *DOF* el 26 de octubre.

⁵⁶ Citaré este documento como dictamen de abril de 2009. Fue elaborado por las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados. Analiza veintiocho iniciativas de diputados federales y propone, en fin de cuentas, una nueva denominación del Capítulo I de la ley suprema, y cambios en los artículos 1o., 11, 33, 89 —fracción X—, y 102, apartado B. El texto del dictamen puede consultarse en la página web: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2009/abr/20090423-XVI.pdf>

⁵⁷ El dictamen parece atribuir la propuesta de nueva denominación a la generalizada gestión de organismos nacionales e internacionales, algunos de los cuales se han pronunciado en favor de la amplia expresión que se propone. Ignora, en cambio, que esa sugerencia ha sido manejada por otros analistas, y que hubo una sugerencia de “red denominación” del capítulo y revisión de su contenido en la iniciativa presidencial de 2004. Tomando en cuenta los fines y límites de esta exposición, no entro ahora en el deslinde entre derechos públicos subjetivos, derechos fundamentales, libertades civiles, derechos básicos, derechos humanos, garantías individuales, etcétera. Nos estamos refiriendo, evi-

puerta para la nueva redacción del artículo 1o., que acertadamente acoge tanto los derechos reconocidos en la Constitución como en los “tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano”.⁵⁸ Adelante volveré sobre este punto, así como acerca de la interpretación de los derechos, que también enlaza con el orden internacional, y otros extremos vinculados con aquéllos.

Me limitaré aquí, todavía como comentario general, a señalar que el nuevo texto del artículo 1o. —en los términos del dictamen— pone a cargo de todas las autoridades determinados deberes relacionados con la observancia de los derechos humanos.⁵⁹ El dictamen sustituye palabras de varios artículos en aras de la terminología “de género” y opta por hablar de derechos humanos de las “personas”,⁶⁰ expresión que no es indispensable ni necesariamente afortunada, en tanto parece abarcar personas colectivas o morales, cosa por demás discutible y en todo caso diferente del criterio adoptado, por ejemplo, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁶¹

dentemente, a los derechos de mayor calado: los indispensables para preservar la vida y asegurarle calidad. Acerca de aquellas precisiones, cfr. Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004, pp. 6 y ss.

⁵⁸ Evidentemente, al hablar de “tratados internacionales ratificados” quedan fuera las declaraciones de derechos, a las que de este modo se niega carácter normativo vinculante interno. Esta apreciación, que desde luego es opinable —hay argumentos en favor, como los hay en contra— debiera ser entendida en forma consecuente con la jurisprudencia interamericana de la materia. A este respecto, cfr. Corte IDH, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89* del 14 de julio de 1989, Serie A., núm. 10., párr. 43.

⁵⁹ El tercer párrafo del artículo 1o., conforme al dictamen de abril de 2009, señala: “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos”. El denso párrafo, que alude a las obligaciones generales de respeto y garantía (acogidas, por ejemplo, en el artículo 1.1 del Pacto de San José), contribuye a resolver dudas —que no debieran surgir— sobre el compromiso tutelar de los derechos, que ciertamente no se limita al Estado federal o nacional en aquellos países organizados bajo el modelo federal.

⁶⁰ Así, en los artículos 1o., 11 y 33.

⁶¹ El artículo 1.2 de este instrumento identifica al destinatario de los derechos: el ser humano. Existe un tratamiento diferente de la materia, por lo que toca al régimen de

Mencionaré ahora las distintas “navigaciones” en la consagración y protección de los derechos humanos. Aludo a navegaciones en el doble ámbito que viene al caso, el universal y los regionales. Hemos presenciado distintas travesías: la raíz y el objetivo son los mismos, al menos para los países con los que compartimos tradiciones políticas y jurídicas; sin embargo, el “tiempo”, las “formas” y los “alcances” han variado.⁶² En esas navegaciones diferentes hay concordancias básicas en el reconocimiento, el respeto y la garantía —para usar las expresiones ampliamente consagradas— de los derechos humanos a escala internacional; y existen coincidencias apreciables en el régimen de los medios de protección, que son la herramienta procesal de los derechos sustantivos.

Todo lo anterior suscita la referencia a algunos aspectos de la reforma constitucional sobre materia judicial emprendida, como dije, en 1994 y vigente en 1995,⁶³ con sus complementos y desarrollos posteriores.⁶⁴ Hay que mencionar, en primer término, el carácter de esa reforma y la manera de realizarla. La iniciativa —y el trabajo parlamentario— concentró sus preocupaciones en el control de constitucionalidad. Enhorabuena, porque preserva el cimiento del Estado de derecho. Pero los seres humanos quedaron en la sombra, en tanto los poderosos adquirirían nuevos parlamentos en la escena constitucional, ahora para los fines del control.

propiedad, en el sistema europeo. La Corte Interamericana ha observado los términos del pacto de San José, sin perjuicio de reconocer que muchos derechos individuales tienen fuente u origen, sentido o alcance, a la luz de derechos colectivos. *Cfr.*, por ejemplo, la resolución de esa Corte en el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni* (Nicaragua), Sentencia del 1o. de febrero de 2000, párrs. 142 y ss.

⁶² Sobre los tiempos o velocidades para la recepción de los derechos, *cfr.* Las reflexiones de Mireille Delmas-Marty en “Études juridiques comparatives et internationalisation du droit. Cours : Le relatif et l’universel”, en *Cours et travaux du Collège de France, Résumés 2002-2003*, Annuaire 103 année, p. 227. La cita está tomada de la versión en español, de Marta M. Morales Romero, en la página http://www.college-de-france.fr/default/EN/all/int_dro/resumes.htm, y *Études juridiques comparatives... Cours : Un pluralisme ordonné*, página http://www.college-de-france.fr/default/EN/all/int_dro/resumes.htm. Comento esta materia y, en general, las ideas de la jurista francesa en mi artículo (en prensa) “Una aproximación al ‘nuevo orden penal’. Pluralismo, armonización y orden jurídico en el pensamiento de Mireille Delmas-Marty”.

⁶³ *DOF* del 31 de diciembre de 1994, que reformó numerosos preceptos constitucionales: artículos 21, 55, 73, 76, 79, 89, 93 a 108, 110, 111, 116, 122 y 123.

⁶⁴ Así, la reforma constitucional —“reforma de la reforma”— del 11 de junio de 1999, las modificaciones a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, publicadas el 3 de febrero de 1995; la nueva Ley Orgánica de dicho Poder, publicada el 26 de mayo de 1995, y la Ley Reglamentaria del artículo 105, publicada el 11 de ese mismo mes.

Ocurrió, como también he manifestado, una reforma en la “macro justicia”, no en la “micro justicia”.⁶⁵ Es obvio que los individuos estamos inmersos en ésta —que es la “justicia nuestra de cada día”—, mucho más que en aquélla, aunque nos concierna y nos interese. Cuando me he referido a estos temas he recordado a quienes me escuchan que pocos son los litigantes —en el doble sentido de la expresión: contendientes materiales, por una parte, y profesionales de la abogacía, por la otra— que han ascendido la solemne escalinata de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, flanqueada por las venerables figuras de Otero, Vallarta y Rejón. No son pocos, en cambio, sino millares o millones, quienes han comparecido o comparecen donde despacha la justicia de paz, familiar, civil, inquilinaria, penal, administrativa, laboral, agraria, de amparo.

Es bien sabido que esa reforma judicial se hizo sin mayor participación de los juzgadores. Paradójicamente fue —como la reforma de 2007-2008— una gran revisión judicial estudiada, discutida y aprobada sin que los administradores de justicia ejercieran el derecho de audiencia, que parecía asegurarles su función y su experiencia.

Las preocupaciones rectoras de la reforma que aquí examino se tradujeron en el régimen adoptado a propósito de las acciones de inconstitucionalidad.⁶⁶ No pretendo analizar ahora este asunto con la amplitud que merece, sino apenas aludir al tema de la legitimación procesal, en que debiera reflejarse el interés material que se resuelve a través de esos procedimientos y métodos de control de la constitucionalidad, que es, en esencia, preservación del Estado de derecho.

En la primera versión de las acciones de inconstitucionalidad sólo se legitimó, con la calidad de actores, a grupos de legisladores y al procurador general de la República. Entiendo las razones. No lo objeto. La legitimación procesal de los depositarios del poder corresponde a la tradición europea y, en cierta medida, latinoamericana, de la que se tomó esta figura del derecho procesal constitucional.⁶⁷ Por otro lado, la participación

⁶⁵ *Cfr. Poder Judicial...*, *cit.*, pp. 14 y 27-28.

⁶⁶ Estimo preferible denominar estas figuras como procesos sobre constitucionalidad o acciones de constitucionalidad. *Cfr.* mi comentario en *ibidem*, p. 57.

⁶⁷ Brage Camazano, Joaquín, “El control abstracto de la constitucionalidad de las leyes en México”, en Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 3a. ed., México, Porrúa, 2002, t. I, pp. 493 y ss.: “con esta legitimación se pretende proteger a las minorías parlamentarias, al mismo tiempo que se las ‘instrumentaliza’ al servicio de la supremacía constitucional (...)”.

del procurador, que algunos cuestionan, es admisible si se toma en cuenta la misión que incumbe a este funcionario como promotor de la constitucionalidad de los actos de la autoridad, esto es, como defensor del interés de juridicidad que anima al Estado de derecho.⁶⁸

Posteriormente se reconoció legitimación procesal a los partidos políticos, o más bien, si miramos el punto con realismo, a los dirigentes de los partidos, cuando venga a cuentas la constitucionalidad de normas electorales.⁶⁹ En esta legitimación —del dirigente partidario; no del ciudadano elector o elegible— anida una expresión de “partidocracia”. Luego se incorporó en la regulación constitucional la legitimación procesal de los organismos públicos defensores de derechos humanos: comisión nacional y comisiones locales,⁷⁰ innovación que pone de manifiesto una cuestión central para los fines y la operación de las acciones de inconstitucionalidad: los derechos humanos.⁷¹ En cambio, no se ha legitimado a los individuos. Esta legitimación reconoce que el individuo “es el agente de un genuino derecho del pueblo, como en la fórmula original de la

⁶⁸ La pertinencia de la legitimación se halla vinculada al estatuto jurídico del Procurador y a su independencia frente al Ejecutivo. *Cfr.* Brage Camazano, “El control abstracto...”, en *ibidem* pp. 496 y ss. Asimismo, *cfr.* García Ramírez, “Reflexiones sobre el Ministerio Público: presente y futuro”, en *Estudios jurídicos, cit.*, pp. 644 y ss. Anteriormente publicado en Varios, *Estudios jurídicos en memoria de Alfonso Noriega Cantú*, México, Porúa, 1991, pp. 189 y ss.

⁶⁹ Bajo la reforma al artículo 105, publicada en el *D.O.F.* el 22 de agosto de 1996, el inciso f) de la fracción II del precepto pasó a legitimar como actores a “los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y (a) los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro”.

⁷⁰ En los términos de la reforma publicada en el *D.O.F.* el 14 de septiembre de 2006, se estableció la legitimación a título de actores de “la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución. Asimismo los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los Estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal”.

⁷¹ Conforme al Digesto, *eam popularem actionem dicimus, quae suum ius populi tue-tur* (llamamos acción popular a la que ampara el derecho propio del pueblo). *Cit.* Gozáni, Osvaldo A., *La justicia constitucional. Garantías, proceso y tribunal constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 302.

acción popular, y reconduce como derecho subjetivo una exigencia del Estado de derecho”: la subordinación del orden secundario a la norma constitucional. De esta suerte, “cada ciudadano —actor de la democracia— asume por sí mismo una demanda inherente a ésta y, en consecuencia, la defensa directa del sistema constitucional”.⁷²

Los individuos se hallan excluidos, pues, de la defensa del Estado de derecho a través de una posible militancia procesal, jurídicamente reconocida, en favor de la Constitución y de los principios y valores que ésta entraña. Obviamente, no me estoy refiriendo a la acción de amparo, con sus grandes beneficios y sus evidentes limitaciones, sino a acciones de más amplio horizonte. La participación de los individuos, conforme a ciertas reglas asociadas a la legitimación procesal —reglas sobre el número de actores o el acompañamiento profesional de éstos—, no es desconocida en el derecho comparado, particularmente en lo que toca a países de América Latina, donde la intervención de particulares a título de actores —defensores, en suma, de la Constitución— ha tenido expresiones notables.⁷³

Esa legitimación de particulares ha sido mencionada como “la institución más importante” entre las que figuran bajo el concepto de la declaración general de inconstitucionalidad en el sistema latinoamericano.⁷⁴

⁷² García Ramírez, “La reforma jurídica y la protección de los derechos humanos”, en María y Valadés (coords.), *Estudios sobre federalismo...*, cit., p. 169.

⁷³ Tómese en cuenta, por ejemplo, la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional del Perú en el ex. 010-2002-AI/TC-3 de enero de 2003, en un caso de acción de inconstitucionalidad planteada por actores ciudadanos en contra de los decretos leyes 25475, 25659, 25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas, que integraron la denominada legislación “antiterrorista”. Cfr. esta resolución en la revista *Diálogo jurisprudencial. Derecho internacional de los derechos humanos-Tribunales nacionales-Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, núm. 1, julio-diciembre 2006, pp. 53 y ss. Esta revista, que acoge decisiones jurisdiccionales en las que se aplica el Derecho internacional de los derechos humanos (inclusive, por supuesto, las sentencia de aquella Corte) se publica por acuerdo interinstitucional entre la propia Corte, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Fundación Konrad Adenauer.]

⁷⁴ Fix-Zamudio, Héctor, “Justicia constitucional y régimen democrático en Iberoamérica”, en *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, Unión de Universidades de América Latina/Porrúa, 1988, p. 411. Hay objeciones sobre esta apertura procesal; así, cfr. Hernán Salgado Pesantes menciona el posible abuso de la facultad de acción, la eventual sobrecarga de trabajo del tribunal y la búsqueda de efectos políticos y publicitarios. Cfr. “La jurisdicción constitucional en el Ecuador”, en García Belaunde,

Por su condición garantista podría quedar alojada en la propia Constitución, pero también en la normativa secundaria.⁷⁵ Hay quienes abrigan el temor de que en las actuales circunstancias de nuestro país resultaría inoportuno abrir esta vía a los particulares. Por motivos semejantes se ha objetado la entrega a éstos de la acción penal, como lo anuncia la reforma constitucional de 2008. No comparto necesariamente esta objeción; sólo la menciono.

En todo caso, el reencauzamiento de esta situación se hallaría en el juicio de amparo contra leyes, si éste culminara en sentencias con efectos generales,⁷⁶ a la manera de las controversias constitucionales⁷⁷ y las acciones de inconstitucionalidad,⁷⁸ aun cuando esa culminación quedara sujeta a determinadas condiciones. En este orden de consideraciones, conviene recordar que existe un proyecto de reforma constitucional sustentado por la Suprema Corte de Justicia⁷⁹ y asumido por senadores de la República, que no ha prosperado.⁸⁰

Domingo, y Fernández Segado, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, /Ed. Jurídicas, Lima/Jurídica E. Esteva, Uruguay/Jurídica Venezolana, 1997, p. 583. Bidart Campos se refiere al peligro de utilización excesiva y sobrecarga de procesos. Cfr. *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, EDIAR, Buenos Aires, 1995, p. 312.

⁷⁵ Bidart Campos, *El derecho de la Constitución...*, cit., pp. 312.313.

⁷⁶ Tiempo atrás cuestioné la subsistencia de normas inconstitucionales, merced al principio de relatividad de la sentencia de amparo contra leyes. Cfr. “Una consulta a la Nación. III”, García Ramírez, Sergio, *Discursos de política y justicia*, Instituto Mexicano de Cultura, México, 1988, p. 37.

⁷⁷ Cossío Díaz, José Ramón, *La controversia constitucional*, México, Porrúa, 2008, pp. 653 y ss. Del mismo autor, cfr. “El artículo 105 constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, *Derecho procesal...*, cit., pp. 543 y ss., y *Cambio social y cambio jurídico*, México, ITAM/Porrúa, 2001, pp. 244 y ss.

⁷⁸ Castro, Juventino V., *El artículo 105 constitucional*, 3a. ed., México, Porrúa, 2000, pp. 120-121 y 252 y ss.; Brage Camazano, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 225 y ss., y Fix-Fierro, Héctor, “La reforma judicial de 1994 y las acciones de inconstitucionalidad”, *Ars Juris*, Universidad Panamericana, núm. 13, 1995, pp. 17 y ss.

⁷⁹ *Proyecto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, SCJN, 2001. Se trata del segundo proyecto, que revisa el anterior, presentado en 2000.

⁸⁰ Para un panorama general sobre el proyecto al que ahora me refiero, cfr. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, “Hacia una nueva Ley de Amparo”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.) *Derecho procesal...*, cit., t. I, pp. 429 y ss.

El éxito de ese proyecto traería un doble progreso, que es preciso ponderar. Por un lado, se avanzaría en la medida en que a partir de los efectos absolutos de la sentencia de amparo, que ya no tropezaría con las restricciones impuestas por la cláusula Otero,⁸¹ los particulares quejosos habrían participado en un procedimiento que implica el control de constitucionalidad con alcance general.⁸² El citado proyecto permitiría, además, otro progreso: el juicio de amparo podría operar para la protección de derechos y libertades no previstos en la Constitución General de la República, sino en instrumentos internacionales.⁸³

Este último asunto sugiere otro tema al que me referiré en seguida, concerniente a los derechos humanos y a su régimen en el ordenamiento constitucional mexicano. Antes de abordarlo aludiré incidentalmente a un olvido lamentable. Ya me referí a las diversas navegaciones en el largo recorrido histórico de los derechos humanos. De alguna manera es esto lo que celebramos en 2008 al recordar, con el énfasis con que lo hemos hecho, la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Olvidamos, sin embargo, la Declaración Americana sobre De-

⁸¹ Que “en su momento tuvo justificación, (pero) en las circunstancias actuales su conservación resulta inconveniente, no sólo por las múltiples razones prácticas y de justicia que una parte de la doctrina ha formulado desde hace tiempo (se cita Fix-Zamudio, Héctor, “La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo”, *Ensayos sobre el Derecho de amparo*, México, UNAM, 1993, pp. 155-196), sino también porque es una causa importante de debilidad institucional del Poder Judicial como poder”. Fix-Fierro, Héctor, “Poder Judicial”, en González y López Ayllón (eds.), *Transiciones...*, cit., p. 181.

⁸² El primer párrafo de la propuesta fracción II del artículo 107 constitucional se refiere al efecto relativo de las sentencias de amparo, pero el segundo párrafo agrega: “Sin embargo, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de amparo indirecto en revisión, establezca jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad o se determine la interpretación conforme de una norma general respecto de esta Constitución, procederá a emitir la declaratoria general correspondiente, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria”. El artículo 232 de la proyectada Ley de Amparo previene que “la declaratoria en ningún caso podrá modificar el sentido de la jurisprudencia que le da origen, será obligatoria (y) tendrá efectos generales (...)”.

⁸³ En los términos de la propuesta de reforma, el artículo 103 dirá: “Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por normas generales o actos de autoridad que violen las garantías que consagra esta Constitución o los derechos humanos que protegen los instrumentos internacionales generales en la materia que estén de acuerdo con la propia Constitución, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado”.

rechos y Deberes del Hombre. Ambas declaraciones tienen la misma materia; fueron expedidas el mismo año, aunque la Americana lo fue varios meses antes;⁸⁴ y ésta corresponde a un esfuerzo en el haber de los países de nuestra área. En fin, constituye el primer instrumento de su género en la historia y posee factura americana: de toda América, México inclusive. No sobra recordar la alta calidad de la participación que tuvo nuestro país en la Novena Conferencia Interamericana, que aprobó la declaración regional a la que ahora me refiero.⁸⁵

Se ha formado ya un *corpus juris* internacional de los derechos humanos, con la participación de México. Nuestra inicial reticencia o cautela —explicable en función de duras experiencias históricas— ha quedado atrás.⁸⁶ México ha adherido al Pacto de San José y aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana.⁸⁷ Aquella normativa está

⁸⁴ En efecto, la Declaración Universal fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948, en tanto que la Americana lo fue por la Resolución XXX de la Novena Conferencia Internacional Americana el 2 de mayo de 1948, fecha del “Acta Final”. Esta Novena Conferencia se reunió en Bogotá del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948.

⁸⁵ En la delegación mexicana, presidida por Jaime Torres Bodet, figuraron Roberto Córdova, Luis Quintanilla, José María Ortiz Tirado, Pablo Campos Ortiz, Antonio Carrillo Flores, Eduardo Villaseñor, José Gorostiza, Gabriel Ramos Millán, José López Bermúdez, Ernesto Enríquez, Mario de la Cueva, Manuel Sánchez Cuén y Francisco A. Ursúa. *Cfr. Conferencias Internacionales Americanas. Segundo Suplemento 1945-1954*, 2a. reimp., México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1990, p. 123.

⁸⁶ A esta reticencia, que afloró en la participación mexicana en la Conferencia de 1969 en San José, donde se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se han referido varios tratadistas y observadores. Resumo las opiniones y comentarios en torno a este asunto de Martínez Báez, Sepúlveda, Heller, Tron Petit, Carpizo, entre otros, en mi libro *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, UNAM, Instituto e Investigaciones Jurídicas, pp. 72-74. En el mismo sentido, la exposición de motivos del Presidente José López Portillo a propósito de la adhesión de México al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no así al Protocolo Facultativo que atribuye facultades al Comité de Derechos Humanos a propósito de las violaciones a dicho instrumento. *Cfr. Varios, Los tratados sobre derechos humanos y la legislación mexicana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 89 y 90, *cit.*, p. 73, n. 15.

⁸⁷ Sobre el reconocimiento por México de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, *cfr.* mi comentario en García Ramírez, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana...*, *cit.*, pp. 77 y ss. Asimismo me remito a mi conferencia (en prensa) durante el acto conmemorativo del décimo aniversario del reconocimiento por México de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, conmemoración que ocurrió en la sede de la Secretaría de Relaciones Exteriores, el 1 de diciembre de 2008, en el marco del periodo extraordinario de sesiones de ese tribunal, celebrado en México.

incorporada en la ley suprema de toda la unión, por mandato del artículo 133 constitucional; empero, no es, en rigor, ley suprema de toda la unión.

En los tratados de derechos humanos existen las llamadas obligaciones generales de los Estados, que atañen, por una parte, al reconocimiento, respeto y garantía de tales derechos, y por la otra, a la adopción de medidas para acomodar el sistema interno al sistema internacional generado por los propios Estados⁸⁸ —lo reitero: México entre ellos— en ejercicio de su soberanía. Destaco esto último: no se trata de imposiciones de una voluntad externa, que sobrepasa a la voluntad nacional. La suscripción y ratificación de un tratado, como la admisión de la competencia de un tribunal internacional —o supranacional— son actos que se realizan o se omiten al amparo de la soberanía. Es así que nos hallamos obligados a la recepción de esos derechos y al reconocimiento (con el valor que corresponde)⁸⁹ de las resoluciones dictadas en torno a ellos por las instancias generadas por nosotros mismos.

En este momento no me refiero ni al derecho internacional general ni a todos los tratados internacionales. Aludo solamente a los derechos humanos y a los tratados que los recogen. Estos instrumentos poseen naturaleza especial, ampliamente observada por la jurisprudencia internacional,⁹⁰

⁸⁸ Medina Quiroga, Cecilia, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, San José, Costa Rica, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2003, pp. 11 y ss. De la misma autora, cfr. “Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Varios, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo. 1979-2004*, San José, Costa Rica, Corte IDH, 2005, esp. pp. 242 y ss.

⁸⁹ En el caso de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tómesese en cuenta la regulación contenida en la Convención Americana de 1969, ratificada por México, que en 1998 aceptó la competencia contenciosa de ese tribunal. En este punto cabe recordar varios preceptos de ese instrumento: el artículo 62.1 señala que los Estados pueden reconocer “como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención”; el artículo 67 indica que “el fallo de la Corte es definitivo e inapelable”; el precepto 68.1 señala que “los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”; y el artículo 65 encomienda a la Corte informar a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos “los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos”.

⁹⁰ En la *Opinión Consultiva OC-2/82*, del 24 de septiembre de 1982, sobre *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos*

por cuanto atienden una materia cuya prominencia reconoce la comunidad jurídica internacional,⁹¹ aunque no ignoramos la existencia de relativismos y particularidades. Dichos tratados tienen destinatarios y establecen deberes diferentes de los que caracterizan al común de los convenios internacionales.

Dicho de otra manera, no me refiero aquí al enlace general entre el derecho internacional público y el derecho nacional, especialmente el constitucional, ni a la relación entre normas internas y normas convencionales internacionales —que suele plantearse como un punto de jerarquía de normas—,⁹² que es el tema del artículo 133 constitucional, sobre el que se ha pronunciado en diversas oportunidades la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia.⁹³ Más bien me refiero a la “jerarquía de valores” en cuya cúspide se localiza, para ambos órdenes jurídicos (en el supuesto de que sean dos y no uno solo), el ser humano, cuya dignidad, derechos

Humanos, la Corte Interamericana señala que los “tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción” (párr. 29).

⁹¹ Así, p. ej., el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, señala que los Estados representados en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (San José, 1969), que aprobó la Convención, están “convencidos de que la misión histórica de América es ofrecer al hombre una tierra de libertad y un ámbito favorable para el desarrollo de su personalidad y la realización de sus justas aspiraciones” (...), y “seguros de que el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos del hombre” (...). Por ello reafirmaron diversos principios, entre ellos: “Los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo” (artículo 5, j).

⁹² Villarroel Villarroel, Darío, *Derecho de los tratados en las Constituciones de América*, México, Porrúa, 2004, pp. 393 y ss.

⁹³ Sobre igualdad de rango entre normas internacionales y federales emanadas de la Constitución, *cfr. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, octava época, núm. 60, diciembre de 1992, P.C./92, p. 27. En lo que respecta a la prevalencia de los tratados internacionales, *cfr. tesis P. LXXVII/46, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, 11 de mayo de 1999, noviembre de 1999.

y libertades son el punto central de las decisiones políticas fundamentales nacionales e internacionales. A partir de la jerarquía de los valores se puede y debe zanjar la prevalencia de las normas.

La regla *pro homine* o *pro persona* es una medida de interpretación de normas,⁹⁴ pero también —y ante todo— un principio de creación de éstas. En fin de cuentas, son inaceptables las tensiones y contradicciones entre el régimen interno y el sistema internacional. Uno y otro, gobernados por el principio *pro homine*, “deben necesariamente coexistir en la promoción, garantía y defensa de los derechos de la persona humana”.⁹⁵ Esta tutela figura en las decisiones políticas fundamentales de una nación —específicamente, de la nación mexicana— y de la comunidad internacional.

El dictamen de los diputados, de abril de 2009, sugiere un nuevo abordaje de la materia, que mejora la situación actual, aunque el texto resulte impreciso o inadecuado en alguna medida. Dicho dictamen plantea el tema como un punto de interpretación, y a este respecto acoge una solución conocida en otros países: las normas de derechos humanos “se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de derechos humanos de los que México sea parte. En su aplicación, bajo el principio de no contradicción con esta Constitución, se observarán aquellas que resulten más favorables a los derechos de las personas”. Esta fórmula, aparentemente receptora del principio *pro persona*, se halla también dominada por el criterio jerárquico prevaleciente en el artículo 133 —cuya modificación no se plantea en el dictamen— y genera una posible antinomia entre la aplicación de la norma más favorable, que pudiera derivar del precepto internacional, y la atención al principio de no contradicción con la ley suprema nacional, que pudiera determinar la aplicación de una norma menos favorable.

Procede reexaminar, a título de tema actual y descollante del sistema constitucional mexicano, la recepción interna del Derecho internacional de los derechos humanos, que está influyendo —conforme a su natura-

⁹⁴ Desde sus primeras sentencias, la Corte Interamericana de Derechos Humanos adoptó el principio *pro-homine* (o *pro persona*) y sostuvo la interpretación más favorable a la protección de los derechos humanos. Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez* (Honduras). *Excepciones preliminares*. Sentencia del 26 de junio de 1987, párr. 30.

⁹⁵ Gros Espiell, Héctor, “Universalismo y regionalismo en la protección internacional de los derechos humanos”, en Varios, *Los tratados sobre derechos humanos y la legislación mexicana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981, p. 8.

leza— en la revisión de todo el aparato jurídico de los Estados. Esa recepción supone, como he recordado en algunas oportunidades,⁹⁶ varios canales o puentes de incorporación, que debieran ser muy claros y rotundos, para no naufragar en interpretaciones encontradas: constitucional, legal, jurisdiccional, político-administrativo y cultural. Esta cultura es la “garantía envolvente”, el instrumento de admisión social y movilización de la opinión pública.⁹⁷

En la reforma constitucional realizada últimamente en países de América Latina, que ha caminado un largo trecho, hay temas asociados al régimen de los derechos humanos: el propio control de constitucionalidad, el *ombudsman* y la recepción interna del derecho internacional de los derechos humanos.⁹⁸ La recepción puede ser instituida bajo diversas fórmulas. Mencionaré tres: reconocimiento de rango constitucional a los instrumentos de derechos humanos (sistema argentino,⁹⁹ con diversas proyecciones internas);¹⁰⁰ proclamación de la prevalencia del trato más

⁹⁶ *Cfr.*, p. ej., García Ramírez, “Raíz, actualidad y perspectivas de la jurisdicción interamericana de derechos humanos”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 20, enero-junio 2009, pp. 158-159 y 189-190. Reproducido en (Memoria del) *Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Universidad Libre de Colombia, 2008, pp. 365 y ss.

⁹⁷ Flores Mena, Rubén Jaime, “La cultura de los derechos humanos. Asignatura pendiente en el ámbito jurídico-formativo local”, *La armonización de los tratados internacionales de derechos humanos en México*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores/ Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, 2005, pp. 253 y ss.

⁹⁸ Sobre la recepción constitucional en general, *cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, “El Derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Fix-Zamudio, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, esp. pp. 449 y ss.

⁹⁹ Merced a la reforma de 1994, el artículo 75.22 de la Constitución menciona diversos tratados a los que reconoce rango constitucional. Es posible incrementar la relación —como efectivamente ha ocurrido— a través de un procedimiento de aprobación parlamentaria con mayoría calificada. Al respecto, *cfr.* el artículo de Vanossi, Jorge R., “Los tratados internacionales ante la reforma de 1994”, en Abregú, Martín, y Curtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997.

¹⁰⁰ Víctor Abramovich comenta que esa reforma “incorporó nuevos derechos y garantías al sistema constitucional; contribuyó a insertar plenamente al país en un sistema de justicia internacional de derechos humanos; impuso cambios en la administración de justicia; determinó la necesidad de repensar la organización federal; favoreció la creación de una nueva institucionalidad pública encargada de diseñar e implementar políticas de

favorable para el ser humano (sistemas colombiano,¹⁰¹ venezolano¹⁰² y guatemalteco),¹⁰³ e integración del respectivo ordenamiento internacional en el bloque de constitucionalidad¹⁰⁴ (sistema dominicano¹⁰⁵). Tiene especial importancia la recepción jurisdiccional del derecho internacional de los derechos humanos.¹⁰⁶

gobierno específicas de derechos humanos; y contribuyó a la consolidación de una disciplina académica que discutió y favoreció la aplicación de estos estándares y principios en los distintos campos del derecho público y privado”. “Introducción. Una nueva institucionalidad pública. Los tratados de derechos humanos en el orden constitucional argentino”, en Abramovich, Víctor, Bovino, Alberto, y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, CELS-Canadian International Development Agency, 2007, p. III.

¹⁰¹ El artículo 93 de la Constitución dispone que los tratados “que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”.

¹⁰² El artículo 23 constitucional resuelve: los tratados de derechos humanos “tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público”.

¹⁰³ El artículo 46 de la Constitución señala: “Preeminencia del Derecho internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

¹⁰⁴ Germán J. Bidart Campos afirma que más allá de las caracterizaciones que se apor-ten acerca del bloque de constitucionalidad, éste significa y se utiliza como un “parámetro para el control de constitucionalidad; es decir, como herramienta para interpretar, aplicar o desaplicar —desde la Constitución— las normas infraconstitucionales”, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa...* cit., Buenos Aires, EDIAR, 1995, p. 266. Asimismo, cfr. Favoreu, Louis, y Rubio Llorente, Francisco, *El bloque de la constitucionalidad*, Madrid, Civitas, 1991, p. 20.

¹⁰⁵ En la Resolución 1920-2003, del 13 de noviembre de 2003, la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana sostuvo que ésta “tiene sistema constitucional integrado por disposiciones de igual jerarquía que emanan de dos fuentes normativas esenciales: a) la nacional, formada por la Constitución y la jurisprudencia constitucional local tanto la dictada mediante el control difuso como por el concentrado, y b) la internacional, compuesta por los pactos y convenciones internacionales, las opiniones consultivas y las decisiones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; fuentes normativas que en su conjunto, conforme a la mejor doctrina, integran lo que se ha denominado el bloque de constitucionalidad, al cual está sujeta la validez formal y material de toda legislación adjetiva o secundaria”.

¹⁰⁶ García-Sayán, Diego, “Una viva interacción: Corte interamericana y tribunales internos”, en Varios, *La Corte Interamericana...*, cit., pp. 323 y ss., y García Ramírez, “Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos en el derecho

El dictamen de los diputados, de abril de 2009, avanza un tramo en la recepción constitucional del derecho internacional de los derechos humanos, pero se desentiende de la ya indispensable, y además urgente, reforma del artículo 133. Lo primero ocurre cuando alude en el artículo 1o. propuesto a la titularidad de los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales. Tropieza, sin embargo al señalar que “las garantías para su protección serán las que establezcan la Constitución y las leyes que de ella emanen” (el problema consiste en que ha olvidado que existen vías internacionales para la defensa de los derechos humanos, olvido que resultad inadmisibile en una propuesta que explícitamente reconoce los derechos acogidos en instrumentos internacionales), y desde luego al dejar fuera de sus propuestas la revisión del artículo 133. Contiene, por lo demás, planteamientos plausibles en cuanto al derecho de solicitar asilo;¹⁰⁷ el debido proceso para la expulsión de extranjeros;¹⁰⁸ la adopción del “respeto, la protección y promoción de los derechos humanos” entre los principios normativos para la conducción de la política exterior por parte del Ejecutivo,¹⁰⁹ y el fortalecimiento de las comisiones de derechos humanos.¹¹⁰

interno”, *Anuario de Derecho Constitucional 2008*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2008, pp. 353 y ss.

¹⁰⁷ En este extremo el dictamen invoca los correspondientes preceptos de la Convención Americana, a saber, el 22.7, que reconoce a toda persona “el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales”; y 22.8, que consagra el principio fundamental de “no devolución”, que impide la expulsión o entrega del extranjero a un país “donde su derecho a la vida o la integridad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o sus opiniones”.

¹⁰⁸ Recuérdese que México, al aceptar la competencia contenciosa de la Corte interamericana, formuló expresa salvedad sobre el conocimiento, por parte de ese tribunal, de cuestiones derivadas de la aplicación del artículo 33 de la ley suprema, que a todas luces contraviene el régimen de audiencia característico del debido proceso. Cfr. García Ramírez, *Los derechos humanos...*, *cit.*, pp. 86-97.

¹⁰⁹ Este principio no figura entre los acogidos, a partir de una reforma publicada el 11 de mayo de 1988, en la fracción X del artículo 89 constitucional. En torno a éstos, *cfr.* Sepúlveda Amor, Bernardo, “Los valores éticos y el orden jurídico mexicano. La perspectiva del Derecho internacional”, en García Ramírez (coord.), *Los valores en el Derecho mexicano. Una aproximación*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, pp. 393 y ss.

¹¹⁰ La propuesta de reformas al artículo 102 constitucional abarca: publicación de las razones en que se funde la autoridad que no acepte las recomendaciones de los organismos de protección de los derechos humanos; autonomía de gestión y presupuestaria, persona-

Hay otras cuestiones relevantes a las que conviene aludir ahora. Una de ellas es la normativa sobre suspensión de garantías. Esta suspensión fue prevista por diversas normas constitucionales anteriores a la vigente. Entonces se dispuso, con evidente intención protectora, que la suspensión —regularmente orientada a la tutela del Estado de Derecho frente a sucesos que pudieran colocarlo en grave riesgo, no así a la consagración de una dictadura constitucional—¹¹¹ no podría extenderse sobre cualesquiera derechos; la vida quedaba excluida de esa posibilidad, en los términos del precepto respectivo de la carta de 1857, justamente elogiada.¹¹²

En contraste con estas precauciones, el actual artículo 29 constitucional utiliza expresiones muy amplias a propósito de las hipótesis de suspensión y, sobre todo, no sustrae de ésta ciertos derechos que debieran integrar un “núcleo duro” inatacable: la vida, nuevamente. De ahí que nuestro precepto supremo sea incompatible con las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹¹³ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹¹⁴ Es indispensable, pues, proceder a la reforma que asegure la congruencia entre el artículo 29 y la regulación internacional asumida por una comunidad de Estados en la que participamos en ejercicio de nuestra soberanía.

alidad jurídica y patrimonio propios de los organismos de esta naturaleza en las entidades federativas; y procedimiento “de consulta pública y participación social” para la elección de titulares e integrantes de consejos consultivos de las comisiones nacional y locales.

¹¹¹ Sobre esta materia, *cfr.* Valadés, Diego, *La dictadura constitucional en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.

¹¹² Cualesquiera que sean los supuestos que justifiquen la suspensión de derechos, “en ningún caso será necesario (privar) de la vida”, señaló José María Lozano, *Tratado de los derechos...*, *cit.*, p. 410.

¹¹³ La existencia de situaciones excepcionales que sustenten la suspensión de obligaciones del Estado contraídas en virtud del Pacto, no autoriza suspensión alguna de los artículos concernientes al derecho a la vida, torturas y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, sumisión no consentida a experimentos médicos o científicos, esclavitud y servidumbre, prisión por incumplimiento de obligaciones contractuales, legalidad penal, personalidad jurídica y libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 4).

¹¹⁴ No es admisible la suspensión de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida y a la integridad personal, la prohibición de la esclavitud y servidumbre, el principio de legalidad y de irretroactividad, la libertad de conciencia y de religión, la protección a la familia, el derecho al nombre, los derechos del niño, el derecho a la nacionalidad, los derechos políticos y las garantías judiciales indispensables para la protección de todos esos derechos (artículo 27). En torno a esta materia, *cfr.* Meléndez, Florentín, *La suspensión de los derechos fundamentales en los estados de excepción según el Derecho internacional de los derechos humanos*, s.p. i, San Salvador, 1999, esp., pp. 251 y ss.

También podemos considerar ahora el tema de la Corte Penal Internacional, incorporado en 2005 al artículo 21 de la Constitución.¹¹⁵ La iniciativa correspondiente, mejor que el texto aprobado por el Poder Revisor, contenía disposiciones acerca de la recepción nacional de las resoluciones de tribunales internacionales establecidos por tratados de los que México fuese Estado parte:¹¹⁶ así, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hemos sido actores ante aquel tribunal y demandados ante éste.

No obstante, el nuevo párrafo del artículo 21 constitucional alude solamente a la Corte Penal Internacional bajo una fórmula de “candado”, si se me permite utilizar esta expresión de “cerrajería política” que frecuentemente aparece en el coloquio parlamentario. La fijación de semejante candado, a título de salvaguarda —el Estatuto de Roma de 1998, que instituye la Corte Penal Internacional, no autoriza reservas—¹¹⁷ puede plantear problemas a la hora en que ese tribunal examine en un “caso mexicano”, por así llamarlo —que espero no se plantee jamás—, los términos de su propia competencia y analice el “obstáculo de orden interno” —erigido a despecho de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969,¹¹⁸ de la que México es Estado parte— que significa la doble autorización requerida, con diferentes expresiones, por el artículo 21: del Ejecutivo Federal y del Senado de la República.¹¹⁹

¹¹⁵ Reforma publicada en el *DOF* del 20 de junio de 2005.

¹¹⁶ Esta iniciativa, del 20 de noviembre de 2001, proponía la incorporación de varios nuevos párrafos en el artículo 21. Además del texto relativo a la jurisdicción penal internacional, uno de aquéllos señalaba: “La jurisdicción de los tribunales internacionales establecidos en tratados de los que los Estados Unidos Mexicanos sean parte, será reconocida en los términos y conforme a los procedimientos establecidos en dichos tratados”. Otro párrafo propuesto añadía: “Las resoluciones, así como las sentencias irrevocables emitidas por tales tribunales, gozarán de fuerza obligatoria; las autoridades administrativas y judiciales del fuero federal, común y militar deberán garantizar su cumplimiento conforme a lo dispuesto en las leyes”. *Cf.* mi comentario en *La Corte Penal Internacional*, 2a. ed., México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2004, pp. 151 y ss.

¹¹⁷ El artículo 120 dispone: “No se admitirán reservas al presente Estatuto”.

¹¹⁸ Este instrumento estipula: “Una parte no puede invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46” (artículo 27), que se refiere a los tratados celebrados con violación del derecho interno.

¹¹⁹ El 20 de junio de 2005 fue publicado el nuevo párrafo del artículo 21, vigente hoy día, en los siguientes términos: “El Ejecutivo podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional”. Senadores del

V. SEGURIDAD PÚBLICA Y JUSTICIA PENAL

En estos meses se ha llevado adelante una reforma penal constitucional de gran calado, a media vía entre la democracia y el autoritarismo. Para examinar esta materia conviene tener en cuenta la enorme trascendencia de la materia penal, colocada en la difícil frontera entre aquellos extremos: precisamente, democracia y autoritarismo. Nos hallamos en el punto de encuentro entre el poder del Estado, defensor de la sociedad —pues bajo esta bandera se ejerce la tutela penal—, y el desvalimiento del individuo —enemigo “diplomado”¹²⁰ desde la primera comparecencia en la escena del enjuiciamiento, a contrapelo de la famosa presunción que acoge la inocencia de todas las personas—¹²¹ cuando no existe resolución que acredite, formalmente, su culpabilidad.

La represión penal integra, por ello, la “región crítica” de la democracia y los derechos humanos, y cualquier reforma penal puede y debe ser considerada desde esa perspectiva. Así lo prometió, con o sin cumplimiento —considero que ocurrió lo segundo, en alguna medida— el Poder Revisor de la Constitución que trabajó en 2007 y 2008.¹²²

Recurramos a ciertas expresiones aleccionadoras sobre esta cuestión inquietante, en la que se pone a prueba la verdadera orientación del Estado. Beccaria sostuvo, con perspicacia, que el sistema de los delitos y las penas permite medir el grado de libertad o tiranía que prevalece en la sociedad.¹²³ Lardizábal y Uribe —el Beccaria mexicano o guipuzcoa-

Partido de la Revolución Democrática propusieron, en el curso del debate parlamentario, un texto diferente: “El Estado mexicano reconoce plenamente la jurisdicción complementaria de la Corte Penal Internacional en los términos y condiciones establecidos en el Estatuto de Roma y en su ley reglamentaria”.

¹²⁰ García Ramírez, *La prisión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Fondo de Cultura Económica, 1975, pp. 21-23.

¹²¹ García Ramírez, *La reforma penal constitucional...*, *cit.*, pp. 141 y ss.

¹²² En el dictamen presentado en la Cámara de Diputados el 10 de diciembre de 2007, al que en lo sucesivo me referiré como “el dictamen”, que constituye una pieza fundamental para la comprensión de la reforma de 2008, se aseguró: “Uno de los presupuestos fundamentales de esta reforma constitucional es que la protección a los derechos humanos y las herramientas para una efectiva persecución penal son perfectamente compatibles”. Recojo la expresión y cuestiono su recepción en el texto constitucional modificado, en *La reforma penal constitucional...*, *cit.*, pp. 29 y 30. El texto completo del dictamen aparece en la misma obra, pp. 239 y ss.

¹²³ *De los delitos y de las penas*, trad. Juan Antonio de las Casas, con estudio introductorio de Sergio García Ramírez (“Beccaria: el hombre, la circunstancia, la obra”), 2a.

no— hizo ver que de la ley penal depende la libertad civil de la nación, “y en gran parte la buena constitución y seguridad del Estado”.¹²⁴ Con razón observó Alexis de Tocqueville —penitenciariasta y politólogo— que “la verdadera sanción de las leyes políticas se encuentra en las leyes penales (...) El hombre que juzga al crimen es, pues, realmente, el amo de la sociedad”.¹²⁵ En nuestro siglo XIX, Otero calificó a la legislación penal como “el fundamento y la prueba de las instituciones sociales”.¹²⁶

Los virajes del régimen penal en el siglo XX, a pesar de la generalizada admisión de un “derecho penal democrático”, que parecía abrirse paso, ponen en guardia frente al restablecimiento del autoritarismo punitivo. Tras el Estado de Derecho vela sus armas —señala Zaffaroni— el Estado de policía.¹²⁷ El Derecho penal limita la libertad, pero también “crea libertad”, indica Jescheck.¹²⁸ Y Mireille Delmas-Marty recuerda que el Derecho penal se halla simultáneamente “limitado y legitimado” por los derechos del hombre (...) al mismo tiempo protegidos y amenazados por el Derecho penal”. Añade, con razón: “El Derecho penal nacional tardó siglos en integrar los derechos fundamentales, y el temor de muchos penalistas, hoy, es que la mundialización impone un derecho penal regresivo y opresivo, que sacrificaría la legitimidad con el único objetivo de ser eficaz”.¹²⁹ Con gran razón puntualiza Ferrajoli que “el Derecho y el proceso penal constituyen instrumentos o condiciones de la democracia”; esta afirmación no mira tanto hacia la “dimensión política de la demo-

ed. (ed. bilingüe, facsimilar de la primera edición italiana), México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 226.

¹²⁴ *Discurso sobre las penas contraído a las Leyes Criminales de España, para facilitar su reforma*, 1a. ed. facsimilar, México, Porrúa, 1982, p. III.

¹²⁵ *La democracia en América*, trad. Luis R. Cuéllar, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1963, p. 274.

¹²⁶ Otero, “Indicaciones sobre la importancia y necesidad de la reforma de las leyes penales”, *Obras*, México, Porrúa, 1967, t. II, pp. 653-654.

¹²⁷ *Cfr.* “La justicia como garante de los derechos humanos en México y América Central: la independencia del juez”, en Varios, *La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez*, San José, Costa Rica, Unión Europea/Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), 1996, p. 15.

¹²⁸ Jescheck, *Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1982, p. 5.

¹²⁹ “Les processus d’interaction”, en Delmas-Marty, Mireille, Pieth, Mark et Sieber, Ulrich (dirs.), Juliette Lelievre (coord.), *Les chemins de l’harmonisation pénale/Harmonising Criminal Law*, Paris, Société de Législation Comparée, 2008, p. 429.

cracia, la cual se expresa en el principio de las mayorías, sino a aquella sustancial que se expresa en la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos, de sus intereses materiales primarios”.¹³⁰

No existe un “capítulo penal” en la Constitución, como pudiera haber un capítulo “geográfico” o uno “económico”. El tema penal, cuya importancia es superlativa para la relación entre el Estado y el ser humano e implica, por lo tanto, una materia central para el régimen de libertades y derechos previsto en la ley fundamental —guía del orden penal completo— se difunde a lo largo de la Constitución. Aparece, una y otra vez, en sendas series de normas, que recogen el conjunto de las cuestiones de las que se deduce el “sistema penal constitucional”¹³¹ —o bien, que acogen las ideas penales del Constituyente y las resuelven en un sistema normativo—, sobre el que es preciso proyectar, naturalmente, la ideología general que inspira la ley suprema, los valores que la presiden y le confieren sentido.

Esas series abordan la legalidad penal (en relación con tipos penales, órganos y autoridades, proceso, ejecución de consecuencias jurídicas del delito); la sanción jurídica, que fija el “proyecto penal” del Estado; el “cuerpo de la justicia” en este ámbito (disposiciones orgánicas y funcionales); el debido proceso legal: juicio justo; el régimen cautelar, que pretende —se supone— garantizar el equilibrio entre los derechos del individuo y la protección de la sociedad, a través de un complejo elenco de medidas; los órdenes penales especiales o especializados (régimen militar, menores de edad, servidores públicos, extradición); e instituciones de control y tutela, comunes a todos los sectores, con modalidades o matices en materia penal.

Todas las constituciones que han regido —más o menos— la vida de la República, e incluso las pretensiones de los “imperios” que padecemos, han incluido un catálogo diversamente numeroso de preceptos penales. En la elaboración de la carta de 1917 se advirtió el tono especial que imprimieron a la materia los diputados revolucionarios: hombres de di-

¹³⁰ “Justicia penal y democracia. El contexto extraprocesal”, *Capítulo Criminológico*, 16, 1988, p. 3.

¹³¹ García Ramírez, *Curso de Derecho procesal penal*, 5a. ed., México, Porrúa, 1989, pp. 60 y 61; *Los derechos humanos y el Derecho penal*, 2a. ed., México, Porrúa, Librero-Editor, 1988, 49 y ss., y “La ‘cuestión penal’ en la Constitución”, en Fernández Segado, Francisco (coord.), *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, Ministerio de la Presidencia, Secretaría General Técnica, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 591 y ss.

versa procedencia —campesinos, obreros, maestros, abogados, militares, etcétera—, que habían padecido en carne propia u observado muy cerca- namente los horrores de la justicia penal de la dictadura, absolutamente apartados de la magnífica carta liberal de 1857. Una cosa es pontificar sobre derechos; otra, navegar en una realidad indócil: contraste que no debieran perder de vista los reformadores cuando expiden disposiciones sin que existan los presupuestos para que sean eficaces.

En el periodo comprendido entre 1917 y 1992, es decir, en tres cuar- tos de siglo —años de múltiples vicisitudes, contradicciones, caídas y progresos—, que son la mayor parte del tiempo de vida que tiene nues- tra Constitución Política, las reformas penales constitucionales fueron escasas y generalmente benévolas. La gran mayoría versó sobre asuntos del poder político y de los programas sociales,¹³² cuestiones radicales de la Constitución y, además —en lo que toca a la cuestión social—, ce- lebradas características del constitucionalismo mexicano¹³³. Valadés ha planteado una orientadora clasificación de las reformas constitucionales, considerando su contenido y conexión con los temas de la ley suprema, a partir de 1917.¹³⁴ Otro tanto hacen Fix-Zamudio y Valencia Carmona¹³⁵.

¹³² Fix-Zamudio, Héctor, y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 4a. ed., México, Porrúa, 2005, p. 553. Asimismo, cfr. García Ramírez, “La reforma constitucional”, en Varios, *Vigencia de la Constitución de 1917, LXXX aniversario*, México, Secretaría de Gobernación, Archivo General de la Nación, 1997, pp. 253 y ss.; también publicado como “Las reformas a la Constitución vigente”, en Galeana, Patricia (comp.), *México y sus constituciones*, 2a. ed, México, Fondo de Cultura Económica, pp. 336 y ss.; y “Las reformas a la Constitución vigente”, en *Temas de Dere- cho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 62 y ss.; López Ayllón, “Globalización y transición del Estado nacional”, en González y López Ayllón (eds.), *Transiciones...*, pp. 330 y ss.; Gutiérrez S. y Rives S., *La Constitución...*, cit., pp. 116 y ss. y 158 y ss. Sobre las reformas en cada uno de los preceptos constitucionales, cfr: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm.

¹³³ Los temas sociales sobresalieron en el debate constituyente de Querétaro. Cfr: Gam- as Torrúco, José, *Derecho constitucional mexicano*, 1a. Ed., México, Porrúa, 2001, pp. 486 y ss. Cfr., entre los numerosos autores que se han ocupado en esta cuestión, con evi- dente aprecio por el signo social y el estilo de la carta mexicana, cfr: Sayeg Helú, Jorge, *El constitucionalismo social...*, cit., t. 2, pp. 319 y ss.

¹³⁴ Valadés, Diego, *La Constitución reformada*, México, UNAM, Instituto de Inves- tigaciones Jurídicas, 1987, pp. 21 y ss. El autor propone cuatro categorías en su clasi- ficación de las reformas: a) “innovadoras”; b) “actualizadoras de una institución”; c) “actualizadoras del texto”, y d) “explicativas”.

¹³⁵ Valencia Carmona clasifica las reformas como “de forma”, “innovadoras” —en el sentido que propone Valadés—, “federalizadoras” y de “tendencias vigentes”. Cfr. *Dere-*

En el torrente de las reformas constitucionales del siglo XX, el tema de la justicia ocupó un lugar secundario, salvo, quizás, el régimen del amparo. ¿Había complacencia o indiferencia? ¿No requería cambios de fondo, “ingeniería” mayor, la creación penal del Constituyente de Querétaro? ¿Acaso no sucedía aquí lo que ha ocurrido generalmente —como señala un distinguido criminólogo—: que la justicia es un sector “rezagado” o “subadministrado”?¹³⁶

En sesenta y cinco años corridos desde 1917 hasta 1982, tres temas del orden penal o aledaño a éste ocuparon la atención del Poder Revisor de la ley suprema: libertad bajo caución,¹³⁷ sistema penitenciario —orientado hacia la readaptación social—¹³⁸ y menores de edad infractores.¹³⁹ En la etapa comprendida entre 1982 y 1993, once años, hubo modificaciones sobre otros tres temas, a saber: responsabilidad de servidores públicos¹⁴⁰, faltas de policía y buen gobierno¹⁴¹ y libertad provisional.¹⁴² La reforma penal se reanimó en 1993,¹⁴³ año parte aguas al que acudieron soluciones liberales —muchas de ellas previamente recogidas en la legislación secundaria— e hicieron acto de presencia en el plano constitucional algunos temas inquietantes, verdadera “siembra de problemas”: delincuencia organizada y delitos graves, cuya regulación deficiente abrió una caja de Pandora.

A partir de aquel año fue preciso enfrentar —más a través de reformas normativas que de reformas institucionales pertinentes, a pesar de la reconocida inocuidad de los cambios puramente formales en materia penal—¹⁴⁴ el crecimiento cuantitativo y cualitativo de la delincuencia, la

cho constitucional mexicano..., cit., pp. 59-62. En torno a esta cuestión, cfr: Fix-Zamudio y Valencia Carmona, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa, pp. 119 y ss..

¹³⁶ Szabo, Denis, *Criminología y política en materia criminal*, trad. Félix Blanco, prólogo de S. García Ramírez, México, Siglo XXI Editores, 1980, p. 215.

¹³⁷ *DOF* de 2 de diciembre de 1948.

¹³⁸ *DOF* de 23 de febrero de 1965 y *DOF* de 4 de febrero de 1977.

¹³⁹ *DOF* de 23 de febrero de 1965.

¹⁴⁰ *DOF* de 28 de diciembre de 1982.

¹⁴¹ *DOF* de 3 de febrero de 1983.

¹⁴² *DOF* de 14 de enero de 1985.

¹⁴³ *DOF* de 3 de septiembre de 1993.

¹⁴⁴ Desconfiemos del automatismo que propone recurrir a la ley penal como respuesta única frente al conflicto, señala Mireille Delmas-Marty. Cfr: “Pour des principes directeurs de législation pénale”, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*,

crisis de la seguridad y la crisis de la justicia. En el paisaje internacional se transitaba, a menudo, de la utopía liberal a la “guantanamoización”¹⁴⁵ del sistema penal: decadencia, en fin, del régimen penal democrático “puro”, a favor de salidas laterales, concesiones y transacciones que determinan un horizonte sombrío: el individuo vuelve a ser “objeto” en manos del Estado.¹⁴⁶

Marchamos del penalismo liberal que campeó al cabo del siglo XVIII, a las tentaciones autoritarias del positivismo y los abismos del totalitarismo; luego, al aparente predominio del derecho penal democrático (un orden punitivo mínimo, con avance del garantismo); y después la regresión favorecida por el incremento de la delincuencia, las nuevas expresiones de la criminalidad, la declinación de los medios no penales de control social, el envejecimiento de las instituciones y la desesperación y exasperación de una sociedad inconforme y exigente, cuyas reclamaciones convierte el legislador en ofertas autoritarias,¹⁴⁷

núm. 2, abril-junio de 1985, p. 226. El problema no ha pasado inadvertido en México, que tiene una larga historia de desencuentros entre normas admirables y realidades inaceptables. El presidente Álvaro Obregón recordó los “males profundos en la administración de justicia que hoy en día está únicamente inscrita en nuestras leyes, pero carece en absoluto de efectividad”. “El Gral. Álvaro Obregón, al abrir las sesiones extraordinarias del Congreso, el 7 de febrero de 1921”, en *Los Presidentes de México ante la Nación*, 2a. ed., México, LII Legislatura de la Cámara de Diputados, 1985, 447.

¹⁴⁵ Cfr. Mi comentario de la Orden Militar sobre “Detención, trato y juicio de ciertos no-ciudadanos en la guerra contra el terrorismo, emitida por el Presidente de los Estados Unidos el 13 de noviembre de 2001, e, “Consideraciones sobre terrorismo”, en Olloqui, José Juan de, *Problemas jurídicos y políticos del terrorismo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, 115 y ss.

¹⁴⁶ Un preso en Guantánamo señaló que se le había prevenido, al ingresar en esa prisión el 14 de enero de 2002: “You are now the property of the U.S. Marine Corps”. Margules, Joseph, *Guantánamo and the abuse of presidential power*, Nueva York, Simos and Schuster, 2006, p. 64.

¹⁴⁷ Dice Raúl Zaffaroni, Pablo Vega y Gabriela Gусis que “las actuales campañas de ley y orden, sumadas a las leyes sancionadas por legisladores atemorizados o en procura de rédito político, genera el caldo de cultivo para el resurgimiento de la amenaza de un nuevo descontrol de las agencias ejecutivas del Estado (...)”. “Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina. Situación regional”, en Varios, *Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina*, Zaffaroni, E. R., y Carranza, Elías (coords.), México, Raoul Wallenberg Institute/ Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente/Porrúa, 2007, p. 12

que no resuelven los problemas apremiantes y generan, en cambio, nuevos problemas.¹⁴⁸

Es bien sabido —en el ámbito europeo, por ejemplo, al que se refiere Winfried Hassemer— que la “población (...) ya no se siente segura y, en gran medida, se presenta irritable e irrita”; sus “temores subjetivos son los que determinan las líneas de desarrollo de la política de seguridad interna”.¹⁴⁹ Agreguemos las aportaciones que pudieran hacer —y vuelvo a nuestra circunstancia— las instancias deseosas de sacudirse responsabilidades, endosar los problemas y ofrecer soluciones milagrosas y vertiginosas.

Hemos oído decir que ciertas reformas se hallan justificadas por la necesidad de que el órgano legislativo provea al área ejecutiva con los “instrumentos” necesarios para que ésta haga frente a los problemas de inseguridad y criminalidad. En términos abstractos, generales, este razonamiento es válido; en términos concretos, más específicos, pudiera no serlo. No es adecuado, en efecto, dotar a una instancia del poder público con instrumentos que de suyo contravienen el orden constitucional democrático o se alejan de él o lo ponen en grave riesgo. Además, es indispensable valorar si es posible cumplir la tarea preventiva y persecutoria con los medios propios de un marco normativo ortodoxo, y si se ha prevenido —como en cualquier acción humana, individual o colectiva— el

¹⁴⁸ Mi exposición sobre esta evolución en *La reforma penal...*, cit., pp. 7-8. Hoy día —refiere Miguel Polaino Navarrete— “el pretendido y deseado derecho penal mínimo y garantista (es) una aspiración idealista, una utopía más que una realidad. Tal aspiración de un más racional y armónico Sistema penal se ve paradójicamente contradicha por varios movimientos recientes que caracterizan la actual política criminal”, “La controvertida legitimación del derecho penal en las sociedades modernas”, en Kakobs, Günther, y Polaino Navarrete, *El Derecho penal ante las sociedades modernas (Dos estudios de dogmática penal y política criminal)*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2006, p. 76. Cfr., asimismo, Zaffaroni, Raúl, quien recuerda que el avance contra el derecho penal liberal o de garantías consiste en “la anticipación de las barreras de punición (alcanzando a los actos preparatorios), la desproporción en las consecuencias jurídicas (penas como medidas de contención sin proporción con la lesión realmente inferida), el marcado debilitamiento de las garantías procesales y la identificación de los destinatarios mediante un fuerte giro al derecho penal de autor”. *El enemigo en el Derecho penal*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 14.

¹⁴⁹ Winfried Hassemer, “El Derecho penal del Estado de Derecho en los tiempos del terrorismo”, en Reyna Alfaro, Luis, y Cuaresma Terán, Sergio (directores), *Derecho penal y Estado de Derecho. Reflexiones sobre la tensión entre riesgos y seguridad*, Montevideo-Buenos Aires, Ed. B de F, 2008, pp. 190-191.

riesgo que entraña el empleo de instrumentos cuyo manejo es sumamente delicado, por decir lo menos. Retirar permanentemente derechos individuales y garantías constitucionales puede implicar una forma de extender, por encima del aparato protector del individuo, los poderes de las autoridades, eludiendo la suspensión de garantías, que en todo caso sería temporal y acotada, en favor de exclusiones de gran alcance y duración indefinida.

En los catorce últimos años, la seguridad pública —y la nacional— y la justicia penal se han convertido en temas relevantes para la sociedad¹⁵⁰ y han ascendido, una y otra vez, a la consideración del Constituyente. En esa etapa —hasta 2008— fueron publicados once decretos de reforma acerca de seguridad pública, justicia penal y temas estrechamente relacionados con aquélla y ésta. Cada año trae consigo “su” reforma penal constitucional, como “paquete de buenas intenciones”.

Pasemos revista a fechas y temas de los decretos de reforma constitucional publicados a partir de 1994: en este año, Poder Judicial y Ministerio Público;¹⁵¹ 1996, varios preceptos del procedimiento penal;¹⁵² 1999, numerosos artículos de la misma materia,¹⁵³ a partir de una iniciativa fuertemente autoritaria, moderada, por fortuna, en el Senado de la República;¹⁵⁴ 2000, derechos del ofendido —o de la víctima—;¹⁵⁵ 2001,

¹⁵⁰ En la “última década, prácticamente todas las encuestas que se han levantado en México muestran que la inseguridad ocupa uno de los tres primeros sitios entre los temas que más preocupan a los ciudadanos”, señala Elena Azaola, “Crisis de la seguridad pública”, *Criminalia*, año LXIII, no. 2, mayo-agosto de 2007. p. 5. Hay “un solo balance: la seguridad pública en México (...) se ha perdido”. García Cordero, Fernando, “Los retos principales que enfrentan las políticas de seguridad pública”, *ibidem*, p. 23.

¹⁵¹ *DOF* de 31 de diciembre de 1994.

¹⁵² *DOF* de 3 de julio de 1996.

¹⁵³ *DOF* de 8 de marzo de 1999.

¹⁵⁴ Entonces comenté: “con el propósito de mejorar la lucha contra la delincuencia y cosechar en ella mejores resultados, se planteaban modificaciones todavía más reductoras de garantías que las anteriormente introducidas en la Constitución y en las leyes secundarias —especialmente la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada—, con lo que se desviaría definitivamente el enjuiciamiento penal mexicano de los patrones liberales y democráticos que lo han informado —en las normas, ciertamente—, para abrir de par en par la puerta a un sistema procesal autoritario, víspera de un orden jurídico inadmisibles, pero fácilmente predecible”. García Ramírez, Sergio, *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, 4a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas/ Porrúa, 2005, pp. 74 y ss.

¹⁵⁵ *DOF* del 21 de septiembre de 2000.

cumplimiento de la pena de prisión en establecimiento cercano al domicilio del sentenciado;¹⁵⁶ 2004, atribuciones en materia de seguridad nacional;¹⁵⁷ 2005 (primera reforma), Corte Penal Internacional;¹⁵⁸ 2005 (segunda), conocimiento de delitos federales por autoridades comunes en materias de competencia concurrente;¹⁵⁹ 2005 (tercera), supresión de la pena capital;¹⁶⁰ 2005 (cuarta) justicia para adolescentes que incurren en conductas previstas por la ley penal;¹⁶¹ y 2008 (amplia reforma), que ha entrado en vigor parcialmente.¹⁶²

No pretendo examinar con detalle la reforma penal constitucional de 2008. Me limitaré a formular algunas referencias generales. Ante todo, procede mencionar que esa revisión fue precedida por diversas iniciativas: una del Ejecutivo,¹⁶³ y varias de legisladores pertenecientes a distintos partidos políticos.¹⁶⁴ Estas fueron objeto de dictamen único, el 10 de diciembre de 2007. Aprobada la propuesta, la minuta pasó al Senado, donde recibió dictamen el 13 de diciembre. Tampoco ahora tuvieron los juzga-

¹⁵⁶ *DOF* de 13 de agosto de 2001.

¹⁵⁷ *DOF* de 5 de abril de 2004.

¹⁵⁸ *DOF* de 20 de junio de 2005.

¹⁵⁹ *DOF* de 28 de noviembre de 2005.

¹⁶⁰ *DOF* de 9 de diciembre de 2005.

¹⁶¹ *DOF* del 12 de diciembre de 2005. Hubo un olvido en la reforma: no se precisó el plazo para que la Federación expidiera la ley correspondiente al ámbito federal. En consecuencia, se estimó necesario modificar artículos transitorios del decreto de 2005. En esta “reforma de la reforma” (aprobada por las Cámaras del Congreso de la Unión en febrero de 2009), se dispone que la Federación contará con un año a partir de la entrada en vigor del decreto que “reforma la reforma” “para expedir las leyes y establecer las instituciones y los órganos que se requieran en el orden federal para la implantación del sistema de justicia integral para adolescentes”.

¹⁶² *DOF* de 18 de junio de 2008.

¹⁶³ Hubo una iniciativa del Ejecutivo, de 29 de marzo de 2004, que pretendió llevar a cabo una amplia revisión penal. En el texto me refiero a otra, inmediata anterior a la reforma de 2008, también suscrita por el Ejecutivo, de fecha 9 de marzo de 2007. Ambas se hallan transcritas en mi libro *La reforma penal constitucional...*, cit., pp. 399 y ss. En la misma obra figura mi análisis de los antecedentes y las orientaciones de estas iniciativas del Ejecutivo, pp. 455 y ss.

¹⁶⁴ En el dictamen del 10 de diciembre de 2007 se da cuenta detallada de las distintas iniciativas presentadas por integrantes de la Cámara de Diputados. *Cfr.* García Ramírez, *La reforma penal constitucional...*, cit., 239-255. En mi propio examen de la reforma que aparece en aquella obra aludo específicamente a esas iniciativas y al diagnóstico de problemas que examinan (pp. 17-22), y en el curso de la exposición de temas recojo diversas consideraciones formuladas en ellas.

dores el papel descollante que naturalmente les correspondía, no obstante disponer de experiencia y de un importante acervo de propuestas.¹⁶⁵

La febril celeridad legislativa amainó cuando algunos senadores impugnaron determinados aspectos de la reforma, relacionados, sobre todo, con facultades excesivas de la policía para practicar allanamientos.¹⁶⁶ No pasó mucho tiempo, sin embargo, para que el proceso reformador continuara y culminara. Vale decir que el diagnóstico en el que coincidieron todos los autores de las iniciativas —presidente y diputados— y los dictámenes subrayó la presencia de mayúsculos problemas que se pretendía corregir con base en el cambio constitucional: impunidad,¹⁶⁷ corrupción,¹⁶⁸ incompetencia¹⁶⁹ y desactualización del aparato jurídico. Estos fueron los datos predominantes en el diagnóstico generalizado. Habrá que ver si la reforma resuelve aquellos tres problemas; ciertamente atiende al último: un clavo saca otro clavo.

A mi juicio, la reforma contiene aciertos importantes. Valgan algunos ejemplos: acento en orientaciones constitucionales preexistentes (siste-

¹⁶⁵ Cfr. *Libro blanco de la Reforma Judicial. Una agenda para la justicia en México*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2006.

¹⁶⁶ El dictamen del 10 de diciembre, cuya sugerencia en esta materia fue frenada en el Senado de la República, proponía, por lo que toca a dichos allanamientos, que “la policía podrá ingresar sin orden judicial a un domicilio cuando exista una amenaza actual o inminente a la vida o a la integridad corporal de las personas, así como en el caso de flagrancia cuando se esté persiguiendo materialmente al inculpado, en los términos del párrafo cuarto de este artículo”, que alude a la entrega del detenido a la autoridad más cercana y al M.P., y al registro de detenidos (artículo 16, duodécimo párrafo).

¹⁶⁷ Guillermo Zepeda Lecuona observa que de cada 100 delitos cometidos en México, sólo hay denuncia de 25 (cifra negra: 75). De éstos, la investigación concluye en 4.55 casos, y únicamente 1.6 llegan a conocimiento del juez. Finalmente, 1.2 casos culmina en sentencia, y de ellos 1.06 en condena. Cfr. *Crimen sin castigo. Procuración de Justicia y Ministerio Público en México*, Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C.-Fondo de Cultura Económica, México, 2004, pp. 20 y 214 y ss. El autor cita, asimismo datos de Luis de la Barreda, correspondientes a la *Primera Encuesta de Victimización* del Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad.

¹⁶⁸ Conforme a los datos que proporciona Transparencia Mexicana en el Índice Nacional de Corrupción y Buen Gobierno, In forme Ejecutivo 2007, no ha habido, en el tiempo reciente, variación significativa en materia de corrupción. Existe, inclusive, un apreciable aumento en la percepción social acerca de la corrupción. Cfr. http://www.transparencia.mexicana.org.mx/INCBG/2007/Presentacion_INCBG_2007.pdf.

¹⁶⁹ A esto se refirió el empresario Fernando Martí en la XXIII Sesión Ordinaria del Consejo Nacional de Seguridad Pública, en Palacio Nacional, el 21 de agosto de 2008. Cfr. *El Universal*, del 22 de agosto de 2008, primera plana.

ma acusatorio,¹⁷⁰ inmediación, oralidad, publicidad, por ejemplo), precisiones y ampliaciones en derechos del inculcado y la víctima, creación del juez de control, jurisdiccionalización de la etapa ejecutiva, rechazo general de la prueba ilícita, énfasis en un sistema de seguridad pública, atención a la defensa profesional y, dentro de ésta, a la defensa pública.

Por otro lado, la revisión constitucional de 2008 —que no fue sometida al amplio debate que ameritaba; quiero decir, debate público, no sólo de deliberación parlamentaria—, aporta al inquietante paisaje de la seguridad y la justicia penal no pocos ni leves desaciertos —en mi opinión—, como la “flexibilización” del ejercicio de la acción penal, que implica reducción de derechos y garantías y grave riesgo para el Estado de derecho;¹⁷¹ la relativización de la autoridad del Ministerio Público sobre la policía,¹⁷²

¹⁷⁰ Se ha discutido acerca de la orientación procesal de la carta de 1917 y la legislación secundaria; igualmente, sobre la conformidad de la práctica con las estipulaciones de aquélla y ésta. Existe una atendible opinión en el sentido de que la Constitución de 1917 acogió el régimen acusatorio, luego favorecido por reformas secundarias y enarbolado por la reforma de 2008. *Cfr.*: Islas, Olga, y Ramírez, Elpidio, *El sistema procesal penal en la Constitución*, México, Porrúa, 1979, pp. 39 y ss.

¹⁷¹ He aquí las expresiones contenidas en el dictamen del 10 de diciembre de 2007. Este dictamen se recoge íntegramente en mi libro *La reforma penal constitucional...*, *cit.*, pp. 239 y ss.. Me remitiré a las páginas de dicha obra para localizar las expresiones del dictamen que cito en las notas de este artículo. En cuanto a la comprobación del fundamento (imprecisamente regulado) de la orden de aprehensión, que determina, igualmente, el sentido de la investigación previa por parte del Ministerio Público, se dijo: “Considerando que se propone la adopción de un sistema de justicia penal, de corte garantista, con pleno respeto a los derechos humanos (...) es necesario establecer un nivel probatorio razonable para la emisión de la orden de aprehensión”. En “el nuevo proceso resulta imposible mantener un nivel probatorio tan alto para solicitar la orden de captura, en razón de que el Ministerio Público no presentará pruebas formalizadas que puedan acreditar el hecho y menos la responsabilidad penal del perseguido” (pp. 260-262). Por lo que hace al auto de formal prisión —que la reforma rebautizó como “auto de vinculación a proceso”—, se dice que “el excesivo estándar probatorio que hasta ahora se utiliza, general el efecto de que en el plazo de término (sic) constitucional se realice un procedimiento que culmina con un acto que prácticamente es una sentencia condenatoria. Ello debilita el juicio, única fase en la que el inculcado puede defenderse con efectivas garantías (...)” (p. 277). Dice bien que en la “funcionalización del proceso a la democracia”, se observa que “las verdaderas resistencias a la transformación necesaria se han producido desde hace mucho bajo la forma de un vaciamiento ‘de facto’ de las garantías procesales”. Ibáñez, Perfecto Andrés, “Sobre democracia y justicia penal”, *Capítulo criminológico*, *cit.*, p. 67.

¹⁷² El dictamen manifiesta, con patente optimismo, que la “dirección y mando de la investigación por parte del Ministerio Público representa una dirección funcional de las labores de investigación y es independiente de la jerarquía de la cual depende la policía,

de la que provendrá una nueva relación entre ésta y el ciudadano;¹⁷³ el ensanchamiento de las posibilidades de “negociación penal” a través de pactos y composiciones,¹⁷⁴ oferta de beneficios (sustantivos, no solamente adjetivos) para el inculpado que acepte su responsabilidad;¹⁷⁵ un doble —y muy preocupante: ¿mascarón de proa de la nave penal del porvenir?— sistema penal: por una parte, el régimen ordinario dotado de derechos y garantías más o menos amplios, y por la otra, el sistema especial (para delincuencia organizada, pero también para otros supuestos) con evidente mengua de esos derechos y garantías,¹⁷⁶ sistema siempre en trance de ganar territorios;¹⁷⁷ algunas desviaciones en materia de

pudiendo estar administrativamente asignada a otro órganos, secretarías e incluso municipios o bien como en las agencias de investigación de delitos, policías ministeriales o judiciales, según corresponda, de las procuradurías estatal o federal. Esto significa que será el legislador estatal o federal el que determinará cómo será esta relación” (pp. 288 y 289).

¹⁷³ Zaffaroni, Vega y Gusi se refieren a ciertos núcleos conflictivos en la hora actual, entre los que figuran “las disposiciones que reconocen mando único a las agencias policiales sin discriminar sus funciones generales con las de naturaleza técnica inherentes al quehacer judicial, todo lo cual induce a que los agentes investigadores obedezcan preferentemente a sus mandos jerárquicos y no a los fiscales, derivándose perjuicios concretos que agudizan la situación de vulnerabilidad de las personas frente a la operatividad del sistema penal”. Zaffaroni, Vega y Gusi, “Los derechos fundamentales...”, en Varios, *Los derechos fundamentales en la instrucción...*, cit., p. 19

¹⁷⁴ Cfr. La crítica de Zaffaroni, Vega y Gusi: se “corre el riesgo de convertir al llamado procedimiento abreviado y a otras formas de negociación vigentes en la región, en un expediente que, directamente, elimine el proceso penal, por medio de una práctica burocrática extorsiva (...) Los tribunales sentenciadores pueden reforzar esta patología procesal apelando al fácil expediente de emplear criterios represivos para quitar estímulo al rechazo de la posibilidad de negociación por parte del procesado”. *Ibidem*, p. 45.

¹⁷⁵ Cfr. mi examen y crítica de esta cuestión en *La reforma penal constitucional...*, cit., pp. 149 y 150. El problema aparece con la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de 1996. Examiné esta materia en mi libro *Delincuencia organizada...*, cit., pp. 127 y ss.

¹⁷⁶ Sostiene el dictamen que “al acentuarse de manera notable el carácter acusatorio del procedimiento penal (...) es necesaria la incorporación de algunas reglas particulares aplicables a los casos de delincuencia organizada, que vienen a constituir alguna restricción a las garantías, a efecto de atender puntualmente lo previsto por el artículo 1o. de la Constitución”. Transcrito en *La reforma penal constitucional...*, cit., pp. 265 y 266.

¹⁷⁷ Las respuestas a determinados problemas actuales “han generado su propio régimen procesal de excepción, formal y de facto, que se traduce en último término en un franco deterioro de la calidad del ejercicio de la jurisdicción. Y no sólo en el caso de las causas concretas seguidas con arreglo a esas normas, sino en el de todas en general, por un peligroso efecto de contaminación cultural, o mejor, subcultural”. Se alude también a la deplorable conclusión de que “las garantías son bienes escasos, el coste que repre-

prisión preventiva, que enrarecen la naturaleza puramente procesal de ésta, acotada al caso en que se analiza e impone —pese a la intención general de reducir la aplicación de esta medida cautelar— y al sistema penitenciario,¹⁷⁸ y previene una escabrosa figura de extinción de dominio, que se aparta de la ortodoxia garantista: ciertamente éste no impide la afectación de bienes producto o instrumento de la delincuencia, sino fija el procedimiento para acordar esa afectación, como cualquier otra disposición de derechos o libertades.¹⁷⁹

Por cierto, al poco tiempo de aprobada y publicada la reforma de 2008, surgían nuevos ímpetus reformadores sobre materias tratadas por aquélla: una vez más, la reforma de la reforma. Estas acometidas se volcaron principalmente sobre el artículo 73, fracción XXI. Domina la tentación de redistribuir cargas penales entre la Federación y los Estados, bajo el concepto de que aquélla podrá lo que no pueden éstos. En el trayecto aparecen soluciones ambiguas, inquietantes. Una primera arremetida quiso trasladar a la Federación la persecución de delitos del fuero común, relacionados con ciertos conceptos mencionados con generalidad o ambigüedad.¹⁸⁰

sentan pertenece a la categoría de los gastos sociales improductivos, y, en consecuencia deben ser administradas con sentido de la economía, sólo a quienes las merezcan y, en todo caso, con tiento”. Ibáñez, Perfecto Andrés, “Las garantías del imputado en el proceso penal”, en Varios, *Los derechos fundamentales en la instrucción...*, cit., pp. 176 y 177.

¹⁷⁸ La reforma (artículo 18, noveno párrafo) establece centros especiales para la reclusión de inculpados o sentenciados por delincuencia organizada; en aquéllos —señala el dictamen— “es acertado avalar restricciones a las comunicaciones de estos internos con terceros, salvo con su defensor, e imponerles medidas de vigilancia especial, dada su alta peligrosidad”. Transcrito en *La reforma penal constitucional...*, cit., p. 276.

¹⁷⁹ Se dice que este procedimiento no tiene carácter penal, ni la extinción de dominio participa de la naturaleza de la pena, no obstante que los fundamentos de aquél son estrictamente penales: comisión de determinados delitos. Procede la extinción —advierte el dictamen— “aun cuando no se haya dictado sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió”. Transcrito en *ibidem*, p. 291. Obviamente, se está aludiendo a un ilícito penal, no a un ilícito civil o administrativo; y evidentemente la pérdida de dominio corresponde, por su naturaleza, a un decomiso.

¹⁸⁰ La iniciativa del Ejecutivo Federal del 24 de octubre de 2008, sostuvo que “las autoridades federales podrán conocer también de los delitos del fuero común, cuando éstos tengan conexidad con delitos federales o cuando se encuentren relacionados con violaciones a valores fundamentales de la sociedad, la seguridad nacional, los derechos humanos o la libertad de expresión y, por sus características de ejecución o relevancia social, trasciendan el ámbito de los Estados o del Distrito Federal, en los términos que establezca la ley”.

La segunda arremetida, que llegó más lejos en el proceso de reforma constitucional, fue el producto de dos impulsos, uno de varios legisladores federales, y otro del Ejecutivo.¹⁸¹ Se trataba, nuevamente, de una reforma de la reforma. Pretendió colocar bajo el régimen de leyes generales —perfilado por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia—¹⁸² tanto el secuestro como la delincuencia organizada. La fracción XXI diría que el Congreso de la Unión se halla facultado “para establecer los delitos y las faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse, así como para expedir las leyes generales en materia de delincuencia organizada y de secuestro, que establezcan, como mínimo, los tipos penales y sus sanciones, la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios”.

Finalmente, en algún recodo del camino legislativo resultó aprobado un texto diferente, que corrige el paso en falso cometido por el proyecto al que me he referido en las líneas precedentes. Ahora la fracción XXI faculta al Congreso para “expedir una ley general en materia de secuestro, que establezca, como mínimo, los tipos penales y sus sanciones, la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios, así como legislar en materia de delincuencia organizada”.¹⁸³

En fin de cuentas, la reforma penal constitucional de 2008, la más voluminosa llevada al texto supremo, constituye un puente para la transición del régimen punitivo; en este ensayo incurre en transacciones peligrosas: una vez más, entre la democracia y el autoritarismo. Pareciera campear la convicción de que las soluciones ortodoxas son ineficaces en

¹⁸¹ La iniciativa de los legisladores federales, del 2 de octubre de 2008, y la del Ejecutivo Federal, del 9 de octubre, fueron objeto de un dictamen conjunto en la Cámara de Diputados, el 4 de diciembre de dicho año. Aprobada la reforma por la Cámara de Diputados el 9 de diciembre de 2008, y por la de Senadores el 11 del mismo mes, pasó a las Legislaturas estatales para los efectos constitucionales procedentes.

¹⁸² El referido dictamen cita la jurisprudencia con la que relaciona su propuesta: leyes generales “son aquellas respecto de las cuales el Poder Constituyente o el Poder Revisor de la Constitución ha renunciado expresamente a su potestad distribuidora de atribuciones entre las entidades políticas que integran el Estado Mexicano, lo cual se traduce en una excepción al principio establecido por el artículo 124 constitucional (...)”.

¹⁸³ En consecuencia, la novedad sólo atañe al secuestro. Las facultades en materia de delincuencia organizada siguen siendo, como en la reforma de 2008, exclusivamente federales. La reforma apareció en el *D.O.F.* del 4 de mayo de 2009.

el combate a la criminalidad actual y el restablecimiento de la seguridad perdida. De nueva cuenta se plantea el falso dilema: derechos fundamentales y democracia, en un extremo, y seguridad pública, en el otro.¹⁸⁴ En último análisis, si coincidimos en que ésta es la alternativa a la vista, habría que prescindir de la libertad —o de algunas libertades— para conservar la paz. Se trata, por supuesto, de una opción inadmisibile.

¹⁸⁴ García Cordero concluye: “el verdadero reto que enfrenta la seguridad pública en México, el único, está en encauzar a la nación por el camino del desarrollo y en recuperar una transición tersa, tolerante y respetuosa hacia la democracia”. García Cordero, “Los retos principales...”, *Criminalia*, *cit.*, p. 54.