

# DERECHOS HUMANOS

Emilio ÁLVAREZ ICAZA LONGORIA\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Reflexiones sobre la iniciativa del Ejecutivo Federal para la reforma constitucional referente al sistema de seguridad pública y la justicia penal 2004*. III. *A manera de conclusión*.

## I. INTRODUCCIÓN

Hablar de justicia penal desde la perspectiva de los derechos humanos lleva a entender al derecho penal desde su nacimiento como una alternativa para impedir la venganza privada; la intervención de una autoridad judicial, como tercero imparcial, ha de tener la finalidad de proteger al débil contra el más fuerte, ya sea el débil ofendido o amenazado por el delito, o el débil ofendido o amenazado por la venganza. Siendo entonces su propósito final la prevención desde dos ángulos: de los delitos y de las penas arbitrarias.

Hemos de entender entonces al derecho

...como instrumento de tutela de los derechos fundamentales, definiendo éstos normativamente los ámbitos y límites de aquél en cuanto bienes que no está justificado lesionar ni con los delitos ni con los castigos. El derecho penal debe imponer a las prohibiciones y a las penas dos finalidades distintas y concurrentes, que son respectivamente el máximo bienestar posible de los no delincuentes y el mínimo malestar necesarios de los delincuentes, dentro del fin general de la máxima tutela de los derechos de unos y otros.<sup>1</sup>

\* Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

<sup>1</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, p. 335.

Por lo anterior, consideramos que cualquier propuesta de reforma penal que no esté estrechamente ligada con la plena observancia de los derechos humanos caería en el riesgo de convertir al derecho penal en un mero regulador de la venganza social, lo que significaría un retroceso en la construcción de un Estado de derecho democrático, respetuoso de la dignidad de las personas.

En marzo de este año, como es por todos sabido, el Ejecutivo Federal propuso al Congreso de la Unión una serie de reformas constitucionales en materia de seguridad pública y justicia penal que ha despertado el interés de diversos sectores de la población, así como de organismos públicos, privados nacionales e internacionales de derechos humanos, quienes han expresado sus propuestas y opiniones que debieran considerarse por quienes participemos en el debate acerca de la reforma constitucional que plantea nuevas bases para el sistema de justicia penal del país, con objeto de tener una visión más amplia que permita fortalecer los argumentos de dicha reforma y en su caso generar modificaciones apegadas al derecho de los derechos humanos.

## II. REFLEXIONES SOBRE LA INICIATIVA DEL EJECUTIVO FEDERAL PARA LA REFORMA CONSTITUCIONAL REFERENTE AL SISTEMA DE SEGURIDAD PÚBLICA Y LA JUSTICIA PENAL 2004<sup>2</sup>

Por principio destacaremos algunos asuntos relevantes que se atienden en la exposición de motivos del documento en mención:

Se advierte el interés por garantizar los derechos humanos y establecer la obligación de los funcionarios a velar por ellos, buscando actualizar el texto constitucional para ubicarlo a la vanguardia junto con la mayoría de las reformas constitucionales recientes en el mundo y a la jurisdicción constitucional, imprimiéndole una visión de Estado en la protección y fortalecimiento de los derechos humanos.

En cuanto al sistema de seguridad pública y justicia penal, se argumenta que la percepción ciudadana considera que la procuración e impartición de justicia y el sistema de seguridad pública han tenido resultados ineficientes, atribuibles, principalmente al descrédito de las instituciones por la ineficacia en el actuar de las autoridades, que se traduce en inseguridad pública y en mayor impunidad.

<sup>2</sup> Publicada en la *Gaceta Parlamentaria* del 1o. de abril de 2004.

Se hacen notar los pronunciamientos de las diferentes oficinas de la Organización de las Naciones Unidas, entre las que destaca la ausencia de un modelo acusatorio en el que imperen los principios de contradicción, oralidad, intermediación, concentración, publicidad y economía procesal.

Todas ellas consideraciones de gran relevancia. Sin embargo, quisiera compartir con ustedes algunas reflexiones sobre las que despiertan preocupación, toda vez que exponen la observancia de los derechos humanos.

### 1. *Artículo 16*

Una propuesta relevante a este artículo es lo establecido en el siguiente párrafo: “La ley definirá los casos en que los delitos se considerarán delincuencia organizada, así como los términos y modalidades para su investigación y persecución”.

Lo primero que se advierte es que el texto constitucional deriva en una ley secundaria el acotamiento de los supuestos de delincuencia organizada; también deriva a esa ley los términos y modalidades para la investigación y persecución de los delitos que se cometan bajo tal categoría.

Cuando en un Estado se establecen excepciones al régimen de garantías judiciales respecto de cierta criminalidad, se está instaurando un derecho penal de excepción, incompatible con un estado de derecho constitucional.

Además de las excepciones que ya observa la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en particular el artículo 41 de dicha ley sería reformado para observar el siguiente texto:

Las pruebas que se practiquen en la averiguación previa, como lo prevé el artículo 8o. bis de esta ley, cuyo desahogo en el juicio se torne imposible, serán consideradas por el Juez para la emisión de la sentencia y valoradas de conformidad con lo establecido en el Código Federal de Procedimientos Penales.

Independientemente de lo antes señalado, se considerará prueba preconstituida, y por tanto innecesario su desahogo en el proceso, los testimonios de testigos, peritos, víctimas u ofendidos por el delito, rendidos ante el fiscal en la averiguación previa, que por su calidad de testigos protegidos o por existir una amenaza objetiva su seguridad física o mental constituya un alto riesgo su comparecencia directa o indirecta al juicio. Dichas pruebas serán valoradas por el Juez en los términos del Código Federal de Procedimientos Penales.

Ésta es una excepción al derecho que tiene el acusado de contradecir las pruebas que le perjudican. El artículo decide que un conjunto de elementos de prueba pueden constituir prueba cuando son desahogadas ante el fiscal. Lo anterior es una excepción que anula el derecho de la persona a ser juzgada por un juez, de acuerdo con los artículos 14, segundo párrafo y 17, párrafos primero y segundo de la Constitución.

La prueba preconstituida es aquella que con las debidas garantías fue establecida en otro juicio. Existe un debate sobre si en derecho penal es admisible dicha prueba.

El texto actual del artículo que se analiza sí prevé un supuesto de prueba preconstituida cuando establece que las sentencias judiciales irrevocables que tengan por acreditada la existencia de una organización delictiva determinada serán prueba plena con respecto de la existencia de esta organización en cualquier otro procedimiento.

## 2. *Artículo 17*

Para este artículo se propone un párrafo que dice: “Las leyes federales y locales sentarán las bases para que se garanticen la libertad, la capacidad y la probidad de los abogados”.

En el texto a las reformas a la Ley de Defensoría Federal no se advierte una transformación relevante hacia una concepción de la defensa en materia penal como una función pública, incluidos los defensores particulares, y por ello no se establece un conjunto de derechos del defensor. Tanto en el texto actual como en el que se propone se regula la defensoría como un mecanismo para garantizar el derecho a la defensa en materia penal, y lo denominan como una *prestación de servicio*.

Al respecto, el proyecto de Normas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal, elaborado por expertos en 1992, en el contexto de los congresos de Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, se conceptúa a la defensa como un derecho que tiene dos titulares: el justiciable, desde luego, y el defensor mismo. De ahí que dichas reglas, conocidas como Reglas de Mallorca, postulen un conjunto de derechos específicos de los cuales es titular el defensor, mismas que consideramos deberían ser incluidas en esta modificación.

Con objeto de regular esta propuesta en materia de certificación, la Ley Federal de Defensoría prevé en el artículo 43 que el Consejo de la Judicatu-

ra Federal será el órgano encargado de otorgar la certificación a la que se refiere el artículo 1o. bis, en el que se establece que debido al carácter de garantía individual que tiene la defensa penal se instaurará un mecanismo que podríamos entender como de control de calidad de la defensa.

En todo caso debe plantearse la importancia que significa la certificación de los abogados ante la modificación relevante que se espera en la práctica forense, debido a las reformas en materia de juicio, pues se espera se exija una capacidad de argumentación que permita, en la práctica de la oralidad, una defensa del caso y una refutación de las pruebas en la que se garantice una buena defensa.

Otro aspecto que debería considerarse es el referente a la importancia de que la certificación sea un acto ciudadano en el cual participen instituciones académicas, colegios de abogados,<sup>3</sup> no limitarse, como le establece la propuesta, al Consejo de Judicatura como ente certificador.

### 3. *Artículo 18*

Otra reforma relevante es la que se establece en este artículo, donde se prevé que tanto la Federación como los estados establecerán lo que denomina *sistemas integrales de justicia penal para adolescentes*, fijando como edad penal para niños, niñas y adolescentes entre más de doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad.

En este artículo también se establecen, como principios rectores de ese sistema penal para adolescentes, los de autoridad especializada y el interés superior del niño, sustentado en la denominada doctrina de la protección integral del niño y de la niña, desarrollada por las Naciones Unidas, referente a todos los ámbitos del derecho en que éstos tienen una condición de vulnerabilidad.

Sin embargo, se omite contemplar el principio rector denominado *de responsabilidad penal limitada*, en cuya congruencia se debe prever una legislación acorde con una capacidad de culpabilidad penal limitada a diferentes factores que son analizados en las Reglas de Beijín, particularmente en el artículo 4o., que establece: “4.1. En los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores,

<sup>3</sup> La colegiación de abogados debería de regularse por la ley, de manera tal que se establezcan como mecanismos de control ético de la profesión.

su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual”.

Consideramos la conveniencia de que para esta modificación se tenga en cuenta la Opinión Consultiva número 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en lo relativo a los niños y niñas en conflicto con la ley penal (párrafos 115 y 119).

115. Las garantías judiciales son de observancia obligatoria en todo proceso en el que la libertad personal de un individuo está en juego. Los principios y actos del debido proceso legal constituyen un conjunto irreductible y estricto que puede ampliarse a la luz de nuevos avances en el Derecho de los derechos humanos. Como estableciera este Tribunal en su opinión consultiva sobre el Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal:

...el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional.

119. Para los fines de esta Opinión Consultiva, concierne formular algunas consideraciones acerca de diversos principios materiales y procesales cuya aplicación se actualiza en los procedimientos relativos a menores y que deben asociarse a los puntos examinados con anterioridad para establecer el panorama completo de esta materia. A este respecto es debido considerar asimismo la posibilidad y conveniencia de que las formas procesales que observan esos tribunales revistan modalidades propias, consecuentes con las características y necesidades de los procedimientos que se desarrollan ante ellos, tomando en cuenta el principio establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, que en este orden se puede proyectar tanto a la intervención de tribunales, en lo concerniente a la forma de los actos procesales, como al empleo de medios alternativos de solu-

ción de controversias al que se alude adelante (infra 135 y 136): “siempre que sea apropiado y deseable se [adoptarán medidas para tratar a los niños a quienes se acuse o declare culpable de haber infringido leyes penales] sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendido de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”(artículo 40.3.b de la Convención sobre los Derechos del Niño).

También en este artículo se propone que las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley únicamente serán objeto de asistencia social.

A este respecto, consideramos que se plantea una intervención imperativa del Estado en relación con estos niños, así sea de asistencia social. Cabe entonces preguntarse bajo qué circunstancias se va a establecer si el niño incurrió en una conducta prevista como delito y a partir de qué edad hasta antes de doce años podrá establecerse esta intervención del Estado.

De no ser este el caso, es decir, si el Estado no tiene ninguna potestad de intervención, el precepto no tiene razón, debido a que el texto constitucional es una norma jurídica que establece atribuciones para el Estado y garantías para los habitantes. En consecuencia, si ordenar la intervención asistencial de un niño menor de doce años no lo sería de acuerdo con la reforma, la inclusión de una referencia a esa asistencia no debe ser considerada en la ley. El peligro es el hecho de que se puede partir de un supuesto falso al relacionar a los niños en conflicto con la ley penal con niños en situación de riesgo.

#### 4. *Artículo 20*

Esta reforma pretende transformar el actual modelo de procesamiento que se aplica en México. En la exposición de motivos plantea que dicha reforma es de carácter estructural, y que se sustenta en tres ejes fundamentales, en especial, la transformación del procedimiento penal hacia un sistema acusatorio, por lo que consideramos la necesidad de distinguir la naturaleza de las reformas que se plantean y la trascendencia que tienen, para que se constituyan en garantía eficaz de un proceso penal democrático.

##### A. *Antecedentes*

El texto original del artículo 20 de la Constitución, previo a las reformas de 1993, establecía las bases de un procedimiento que no encontraba nin-

gún obstáculo para que en los códigos procesales del país se hubiese regulado un proceso penal público, oral, concentrado, continuo, en el que prevaleciera la contradicción de la prueba y, sobre todo, la presunción de inocencia, es decir, contenía las bases de un sistema procesal acorde con un Estado de derecho democrático.

La fracción III establecía que “en todo juicio del orden criminal” se le haría saber al acusado en “audiencia pública” y dentro de las 48 horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación.

La fracción IX decía: “se le oirá en defensa...”; también establecía que “el acusado podrá nombrar defensor, desde el momento en que sea aprehendido” y tendrá derecho a que éste se halle presente en todos los actos del juicio.

La fracción VI establecía que “será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometió el delito...”.

Este artículo entraba en armonía con el artículo 16, que decía:

No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o de detención, a no ser por la autoridad judicial sin que proceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas en declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción en los casos de flagrante delito en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.

Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial, y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su mas estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado; poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial...

Como se puede observar, este artículo tenía previstos tres supuestos en que una persona podía ser detenida: la orden judicial, la flagrancia y el caso urgente.

Sólo para la orden judicial la Constitución tenía previsto en la fracción XVIII del artículo 107 que la autoridad aprehensora tenía un plazo de veinticuatro horas para entregar al detenido a su juez. En los otros casos la auto-

ridad administrativa debía entregar a la persona de manera inmediata a la autoridad judicial. Según este sistema, se garantizaba muy claramente el derecho previsto en tratados internacionales que tiene todo detenido de ser llevado sin demora ante un juez para que éste resuelva lo conducente; de ahí entonces, la persona imputada a la mayor brevedad estará bajo la tutela de un juez.

En el texto originario, los casos de flagrancia y urgencia, por su naturaleza, no necesitaban más documentación que la información recabada por la autoridad administrativa, y de la cual se derivaba la detención. Como la persona tenía derecho de nombrar defensor desde el momento de la aprehensión, es decir, desde el acto material de sujeción, la persona no quedaba en situación de indefensión ni incomunicación.

La reforma de 1993 a los artículos 14, 16 y 20 de la Constitución, entre otros artículos, introdujo alteraciones graves al modelo constitucional de proceso penal, porque estableció en el artículo 16 lo que se denomina la *averiguación previa administrativa*, según la cual una persona puede ser retenida por el Ministerio Público en casos de flagrancia y urgencia 48 y hasta 96 horas, en casos de delincuencia organizada.

A la par de estas reformas, los códigos procesales fueron adecuados a partir de febrero de 1994, y en ellos se introdujeron supuestos de flagrancia que la Constitución no prevé, particularmente la llamada *flagrancia de la prueba* y la *flagrancia equiparada*; mediante estos supuestos una persona puede ser detenida en un lapso que va de 48 a 72 horas de haber sucedido un hecho delictivo, razón por la cual hay un amplio margen de casos en que la persona puede ser detenida sin control judicial, plazo durante el cual el Ministerio Público es el responsable de las garantías procesales del indiciado.

Los casos de urgencia son ahora justificados por el Ministerio Público en muchos casos antes de haber dictado la resolución que introdujo la reforma de 1993, inclusive han sido avalados por jueces de distrito.

El texto original no establecía que el Ministerio Público debiera dictar una resolución; sólo decía que la autoridad administrativa decretaría la detención de un acusado. En la práctica, los agentes del Ministerio Público no decretaban nada; simplemente mantenían la detención practicada por la policía, la cual les da un carácter de órgano de jurisdicción sin serlo, y no el de una parte procesal, como debe ser. Además, en muchos casos dicta la resolución una vez que la policía *motu proprio* detuvo a la persona bajo el argumento de caso urgente.

## B. Propuesta de reforma

De gran relevancia en esta reforma es la propuesta de introducir el principio de presunción de inocencia en la fracción I del apartado A del artículo 20.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sentado el criterio de que ese principio se infiere de una interpretación sistemática de diversos artículos constitucionales que protegen derechos. Luigi Ferrajoli en su obra *Derecho y razón* afirma que “Todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpado”.

La presunción de inocencia no es contradictoria con el supuesto procesal de imputación, pues su razón de ser se dirige en un sentido amplio a todos los operadores del sistema penal para que asuman la consideración de que una persona procesada goza de la presunción de ser inocente hasta en tanto un juez no la declare culpable.

Su acepción más importante se dirige al juez, quien deberá mantener una actitud intelectual y ética de considerar inocente a un procesado hasta en tanto no llegue a la convicción de que es culpable, pues en dicha convicción descansa la certeza para declarar culpabilidad.

Al respecto, la teoría procesal es abundante al señalar que hay un distingo epistemológico entre verdad y certeza; la verdad es un concepto que alude, al menos en la teoría aristotélica, a la armonía entre el concepto y la realidad. La certeza es un concepto que alude a un ánimo subjetivo cuya garantía es su arribo mediante la ponderación de un derecho a la luz de las pruebas.

Congruentes con el principio de presunción e inocencia son los principios de *in dubio pro reo*, libre apreciación de la prueba y la sana crítica. Estos principios hacen la diferencia entre un proceso inquisitorial eminentemente decisionista y un proceso de garantías en el que prevalece el principio en virtud del cual es mejor exonerar a un culpable que sancionar a un inocente.

Por lo que, consecuentemente, la introducción del principio en el texto constitucional es de la mayor importancia.

En cuanto a la reforma a la fracción VIII, se establece el juicio público, “salvo los casos previstos por la ley, en el que se procurará la concentración en el desahogo de las pruebas”. Esto en contra de la propia Constitución, que prohíbe los tribunales especiales. Esta fracción se reforma para abrir paso a las modificaciones que pretenden en caso de delincuencia organizada.

Asimismo, el que se procure la concentración de las pruebas puede ser en detrimento de la defensa de la persona acusada. De hecho, la misma iniciativa reconoce la contradicción entre el sistema acusatorio que se busca y las restricciones a las garantías de debido proceso, al señalar que:

...es oportuno advertir que si bien es cierto que la presente iniciativa pretende abonar el terreno para la implementación de un sistema preponderantemente acusatorio. No podemos soslayar que existen ciertos delitos cuya complejidad implica extremar mecanismos de combate a su incidencia, es decir la delincuencia organizada, la cual día con día cuenta con más y mejores recursos, de tal suerte que se ha convertido en un problema de seguridad nacional, toda vez que debilita y corrompe a las instituciones... Es responsabilidad de las autoridades el generar mecanismos capaces de cerrar el paso a la delincuencia organizada, ya que de otra forma, al favorecer el garantismo, se podría colapsar el sistema de procuración e impartición de justicia en la atención de este género de ilícitos penales... en estos casos, el Estado debe hacer valer la supremacía de la seguridad nacional... Por lo anterior y tomando en consideración los graves riesgos que podría traer aparejada la implementación del modelo acusatorio en la investigación, persecución y sanción de estos delitos, el Ejecutivo federal a mi cargo, somete a la consideración de esta Soberanía la propuesta de adición al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Mexicanos (*sic*), en aras de plasmar la posibilidad de que en tratándose de delincuencia organizada, la ley secundaria regule los aspectos antes referidos...

Debemos señalar que la concentración de pruebas puede ser en detrimento de un debido proceso si en la práctica no se establece un sistema eficaz por medio del cual se hagan realidad las garantías de inmediatez procesal, publicidad y un procedimiento auténticamente contradictorio, características del sistema acusatorio.

Por lo que consideramos que un proceso rápido no implica que se respeten las garantías de debido proceso si no se garantizan eficazmente todos y cada uno de los requisitos anteriores.

Es, además, necesario destacar la publicidad del proceso, pues, como lo señala el propio Ejecutivo Federal, el que las audiencias sean públicas da lugar a que las decisiones de los jueces sean transparentes, y, por lo tanto, es contradictorio que en la exposición de motivos se afirme la pretensión de desterrar los vestigios del proceso inquisitivo que aún persisten en nuestro país, pero se establezcan excepciones.

Esta fracción, además, crearía un conflicto de interpretación, puesto que el artículo 13 de la propia Constitución prohíbe las leyes privativas y los tribunales especiales, y el artículo primero constitucional establece que toda persona gozará de las garantías, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

En este aspecto, el doctor Sergio García Ramírez, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, afirma que sería la ley secundaria y no la Constitución la única fuente de legislación del sistema para la delincuencia organizada.

Sin embargo, esta propuesta no suprime la averiguación previa administrativa y en cambio establece que los derechos previstos en las fracciones I, II, III, IV, VI, VII, VIII y IX también serán aplicables durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan, siendo que el MP no es un sujeto procesal idóneo para salvaguardar las referidas garantías, puesto que su función es la de postular la acusación.

Son los jueces, de acuerdo con el artículo 17 constitucional, los que están obligados a salvaguardar el derecho a la imparcialidad frente a imputaciones penales a toda persona. La práctica establecida a partir de 1993 y no modificada en la propuesta ha demostrado que el MP no protege a la persona frente a su propio poder. Existen múltiples casos en que a la persona no se le nombre un defensor letrado en la etapa de averiguación previa o que inclusive se asienta que lo tuvo sin que esto sea cierto, o se le nombre un defensor de confianza sin que además se le nombre uno técnico. Con esto se viola el derecho a la defensa adecuada. En otros casos el defensor no es ni técnico ni de confianza, y hay múltiples relatos de personas que aseguran que su defensor no sólo no la asesoró, sino que actuó en su perjuicio para que se autoincriminara.

La explicación es muy simple: el MP no puede garantizar ante sí mismo la protección de la persona en sus garantías y una valoración de sus propias pruebas frente a las del imputado.

Es importante tener en cuenta que en esta etapa, y según el proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales, hay una amplia regulación de la averiguación previa con personas detenidas de la cual hemos hecho la crítica precedente.

Debido a que en el artículo 307, fracción III, se mantiene la flagrancia equiparada, no se varía el criterio de detener a personas cuando ya han pa-

sado muchas horas (hasta 72) de la comisión de los hechos, lo cual le da un enorme poder al MP y a la policía en un supuesto que sólo es flagrancia porque la ley lo dice, pero en modo alguno puede sostenerse que ése fue el criterio del constituyente cuando estableció que cualquier persona puede detener al infractor en un caso de flagrancia, pues obviamente se estaba refiriendo a la detención cuando están ocurriendo los hechos (flagrancia en sentido estricto) o como resultado de una persecución inmediata a los hechos e ininterrumpida (cuasiflagrancia).

Al respecto, el Comité contra la Tortura recomendó al Estado mexicano la supresión de la flagrancia equiparada, por considerar que es fuente de graves violaciones a los derechos humanos al propiciar detenciones arbitrarias.

En cuanto a la averiguación previa administrativa, regulada actualmente en el artículo 16 y en el segundo párrafo, fracción X, del artículo 20, consideramos importante su supresión, toda vez que es incompatible con un proceso penal de garantías, debido a que la ley le permite al MP tener bajo su autoridad en condiciones de detención a una persona sin que tal circunstancia esté autorizada por un juez, y porque se permite que el MP desahogue pruebas ante sí mismo, admita pruebas del imputado, deseche las que a su juicio no deben ser consideradas, controle su desahogo y las valore sin ningún control judicial.

Si bien la propuesta de legislación procesal prevé una estructura diferente para las diversas etapas del proceso, se mantiene la posibilidad de detención por flagrancia equiparada en el artículo 307, y la administración de pruebas en el artículo 314; es decir, se mantiene la averiguación previa.

Podemos concluir que el hecho de mantener en la propuesta constitucional la facultad de detener a personas en casos de flagrancia equiparada, el caso urgente también regulado en el artículo 16 de la Constitución, así como la averiguación previa administrativa, recién analizada, no permite la caracterización de un proceso penal que garantice el equilibrio entre la acusación y la defensa, lo cual es contrario a un proceso penal de garantías.

Desde luego que una reforma a los textos constitucionales que establecen las bases del procedimiento penal para superar la interpretación que la ley procesal le da a los actuales preceptos del artículo 20 es muy importante, pero es necesario que la legislación secundaria, es decir, el Código de Procedimientos Penales, fundamentalmente, sea un instrumento idóneo para darle vida a un proceso penal de plenas garantías, en el que además

prevalezca la publicidad y la oralidad como sustento de la efectividad del derecho de contradicción; es decir, para que la persona pueda defenderse cuestionando y contradiciendo las pruebas en su contra y pueda dejar en el ánimo de su juez los argumentos en los cuales sustenta su inocencia.

### 5. Artículo 21

Se propone una modificación de gran trascendencia, porque el texto ahora diría que el Ministerio Público investigará los delitos con el auxilio de la policía. En el texto que se propone se dice que la policía tendrá autonomía operativa en el ejercicio de sus funciones de investigación, que desarrollará bajo la dirección funcional de la autoridad ministerial en los términos que señale la ley.

Actualmente la Constitución es muy clara al establecer una verdadera garantía que no se ha respetado, pero que se puede exigir, la cual consiste en mantener bajo el mando del Ministerio Público a la policía. El texto dice: “la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato”.

La redacción que se propone plantea graves peligros para una autoridad que el Ministerio Público ni siquiera ejerce: tener bajo su mando inmediato a la policía. La instauración de lo que el proyecto denomina “autonomía operativa en el ejercicio de sus funciones de investigación”, a cargo de la policía, constituye una modificación que le permitiría a dicha policía practicar investigaciones a *motu proprio* o legitimar las que ya hace sin control del Ministerio Público.

En algunas de las reglas de una nueva Ley Orgánica de la Policía Federal que se propone como parte de esta reforma se prevén diversas disposiciones que mantienen un modelo procesal inquisitorial. Por ejemplo, que en casos excepcionales la policía podrá, de acuerdo con el artículo 29 de dicha Ley, previa notificación al fiscal, ordenar la intervención de los servicios periciales para evitar la pérdida de los elementos de prueba. Según el artículo 31 de esa misma Ley, la policía tendrá facultades para analizar y evaluar la evidencia obtenida producto de sus investigaciones; de no considerarlas suficientes para los fines del ejercicio de la acción penal, realizará

las diligencias conducentes para obtener los elementos probatorios necesarios para consignar.

Otro elemento inquietante es que según el artículo 14 de esa referida Ley, los servicios periciales no son auxiliares del Ministerio Público o fiscal, sino de la policía.

Ya desde que se le dieron facultades a la Policía Federal Preventiva de hacer investigaciones penales, a petición del Ministerio Público federal, se introdujo una disonancia al sistema.

Lo que nos lleva a plantear que, en términos de que toda investigación que lleve a cabo la policía debe estar invariablemente al mando del Ministerio Público, que toda noticia delictiva e indicios que llegue a preservar la policía deben quedar bajo el control del Ministerio Público para garantizar la contradicción de la prueba y que todas las actuaciones de la policía no tengan mayor valor que el de la denuncia.

Más aún: debe garantizarse que a la mayor brevedad la custodia de los elementos de prueba estén supervisados por la autoridad judicial.

En países en los cuales la policía no está diferenciada en preventiva e investigadora existen grupos especializados en investigación de delitos, y son los únicos que pueden actuar. Sus actos siempre están controlados por el Ministerio Público, y cuando su actuación conlleva afectación de derechos fundamentales el control es jurisdiccional.

Debemos mencionar, que este texto contiene una excepción en la que establece que el Ministerio Público militar no tiene autonomía de gestión, lo cual es de mayor relevancia, toda vez que la Constitución estaría autorizando un sistema de excepción intolerable para los fines de la justicia que actualmente no autoriza, es decir, que para los miembros de las fuerzas armadas no alcance el deber del Estado de garantizarles imparcialidad y autonomía, la cual hoy no es viable, debido a que la procuraduría militar, así como los jueces y tribunales militares pertenecen a una jerarquía castrense de la cual depende su nombramiento.

Por último, es de mencionar que esta reforma contiene alguna variante en materia de justicia administrativa al introducir el servicio a favor de la comunidad como una sanción constitucionalmente válida en esta materia y la posibilidad de conmutar el arresto por servicio a favor de la comunidad.

### III. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Es necesario estudiar todas las propuestas de reforma constitucional en materia de derechos humanos, para tener una visión completa de ellas. También es necesario considerar que estas propuestas, en conjunto, son positivas, pero que un debate más amplio permitirá fortalecer los argumentos que las justifiquen.

El contemplar dentro de las propuestas de reformas todas aquellas recomendaciones, opiniones y consideraciones de los diferentes organismos nacionales e internacionales de derechos humanos permitiría realizar modificaciones acordes con lo establecido en el derecho de los derechos de las personas.

En torno a las propuestas de reforma, presentadas por el presidente de la República, en materia de seguridad y justicia, es muy importante tener en cuenta que algunas fórmulas constitucionales, como el mandato expreso de sometimiento de la policía al Ministerio Público, son mejores para garantizar el control de la investigación a cargo del Ministerio Público.

También es importante destacar que elevar a rango constitucional el derecho de excepción en materia de delincuencia organizada es incompatible con un Estado constitucional de derecho, y que darle el mismo rango a la fórmula del Código Militar, que actualmente extiende la jurisdicción castrense a delitos comunes, es intolerable.

En torno a la reforma específica del sistema procesal, a pesar de que el texto originario de los artículos 16 y 20 de la Constitución establecía un sistema de garantías judiciales plenamente compatible con un proceso penal democrático, la reforma es positiva y las innovaciones en la legislación procesal adecuadas; sin embargo, es necesaria la supresión de la averiguación previa administrativa, por ser una etapa en la que el Ministerio Público mantendría un control incompatible con un sistema procesal de garantías.

Mantener en la propuesta constitucional la facultad de detener a personas en casos de flagrancia equiparada y el caso urgente no permite la caracterización de un proceso penal que garantice el equilibrio entre la acusación y la defensa, lo cual es contrario a un proceso penal de garantías.

El contemplar el principio de la presunción de inocencia invita a todos aquellos involucrados con la justicia penal a mantener una actitud intelectual y ética de considerar inocente a un procesado hasta en tanto no llegue a

la convicción de que es culpable, pues en dicha convicción descansa la certeza para declarar culpabilidad.

La implementación de un modelo acusatorio en el que imperen los principios de contradicción, oralidad, inmediación, concentración, publicidad y economía procesal en una aportación que requiere de todos los esfuerzos para su implementación y adecuación eficaz a nuestro sistema actual de justicia penal.