

LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE JUSTICIA PENAL DE 2008. BREVES COMENTARIOS AL IMPACTO EN LA LIBERTAD PERSONAL

María del Rosario Molina González¹

María de Jesús Camargo Pacheco

Miguel Lagarda Flores

RESUMEN: Solamente después de la vida, la libertad personal es el valor que mayor protección demanda por y para el sistema jurídico de los Estados constitucionales modernos; sobre todo, en el marco de una imputación penal, donde el Estado pretende instrumentar su juicio de reproche, el drama mismo del juicio penal, impacta en la mayor de las veces en la privación de aquella, como una medida ante el riesgo o peligro procesal y de la víctima; la realidad determinó en no pocos casos, el exceso y abuso de ésta acción privativa de la libertad. La reforma constitucional en materia de justicia penal, con la implementación del sistema acusatorio planteó modificaciones con claro-oscuros a las garantías de seguridad jurídica relacionadas con este derecho fundamental, el objetivo es analizar las modificaciones que impactan en las medidas procesales de limitación o privación de la libertad durante el proceso penal.

I. Introducción

La libertad física o de actividad, de movilización o deambulatoria es el derecho fundamental que posibilita al sujeto a permanecer en un espacio determinado o transitar de un lugar a otro, cuya seguridad implica que no puede ser privada o reducida en forma arbitraria, por aprehensión, detención o retención; salvo en forma excepcional y previo los requisitos y procedimientos que el mismo sistema normativo establece como conjunto de límites y vínculos sustanciales que constriñen la actuación de la autoridad penal y constitucional.

El espectro de los derechos de libertad física y personal, se expresa en la libertad de locomoción, de desplazamiento que aparece reglamentada, en el artículo 11 de la Constitución Mexicana cuando establece que:

¹ Docentes del área de derecho del Departamento de Ciencias Sociales. El artículo que se presenta es producto parcial de la investigación: "El sistema de garantías a la libertad personal en el constitucionalismo mexicano", registrado ante la Academia de Derecho.

“Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes”, aclarando el mismo constituyente que “El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa...”

Este derecho que se limita derivado del ejercicio del poder estatal, a través de la autoridad judicial, se afecta a partir de que la libertad personal resulta profundamente afectada derivado de la detención y el aprisionamiento procesal o penitenciario, derivado de la instrumentación del juicio de reproche en su contra y ante la imputación de la comisión de delito y; en el segundo de los casos, a través del arresto administrativo, como medida sancionadora tratándose de infracciones administrativas.

Ahora bien, si bien en ambos casos se advierte una limitación y/o privación de la libertad; trascienden para el estudio los actos derivados de la actuación judicial como parte de un proceso penal; dado que toda afectación a este derecho supremo de la libertad personal, física y deambulatoria, a través de la potestad pública del estado, supone una serie de límites al ejercicio del poder estatal; integrando así todo el espectro de seguridad jurídica y de legalidad que enmarca el régimen constitucional.

Los derechos fundamentales de libertad personal al ser tutelados por la Constitución Mexicana se encuentran previstas sustancialmente en los numerales 11, 14, 16, 17, 18, 19 y 20; todos del mismo ordenamiento que garantizan e imponen límites respecto a los actos privativos y de molestia que afectan la libertad personal, como consecuencia de las medidas detentivas, al sistema de reclusión, y la seguridad jurídica relativa a los términos de detención del inculcado durante las diversas etapas del procedimiento penal y sometido a las autoridades operadoras del procedimiento penal, sea en su carácter de ordenadoras o ejecutoras

II. **Antecedentes a la reforma penal de 2008**

Tal vez la reforma de junio de 2008 en materia de justicia penal es uno de los cambios más paradigmáticos para el sistema jurídico. Los grandes teóricos contemporáneos de nuestro país, tanto constitucionalistas, penalistas y procesalistas habían evidenciado, en no pocas veces, las deficiencias del proceso penal, con el impacto tan adverso en los derechos fundamentales, lo mismo de imputado como de víctima u ofendido. El investigador Guillermo Zepeda Lecuona (2007) describió que el sistema penal mexicano tiene dos grandes problemas

Uno cualitativo (un sistema muy injusto) y el otro cuantitativo (un sistema muy ineficiente). Es injusto porque existe inequidad en el proceso, una gran concentración de facultades en el ministerio público que no son controladas adecuadamente, de lo que se derivan numerosas violaciones a los Derechos Humanos, un culto al expediente escrito que coagula la realidad y la lleva cercenada, al escritorio del gran ausente del proceso: el Juez... La defensa tiene grandes adversidades, pues enfrenta a un sistema que subsidia y valida las insuficiencias e ineficiencias de las policías y del ministerio público. Pero además, es un sistema muy ineficiente, solo se reporta uno de cada cinco delitos y con ello basta para saturar a las procuradurías de justicia, pocas investigaciones son concluidas, los procesos se prolongan por meses y la víctima generalmente sale con las manos vacías y decepcionadas del sistema penal.

Al delinear los grandes problemas de colisión al espíritu garantista de cualquier estado de derecho. La justicia penal mexicana reflejó como problemas detonantes que incidieron en la reforma constitucional:

Una inoperancia del principio de inocencia; dado que la presunción de inocencia como principio, significa que toda persona debe tenerse por inocente hasta que exista una sentencia firme de autoridad competente en la que se tenga como responsable de la comisión de un delito. (Miguel Carbonell, 2006)

Cierto es que expresamente no se contiene en el texto constitucional, la presunción de inocencia ha sido un elemento totalmente ausente en la justicia penal en nuestro país, a pesar del compromiso adquirido a través de documentos rectores de carácter internacional como la Convención Americana sobre Derechos humanos artículo 11 y el

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos numeral 14.2. Con tal referente la ausencia de presunción de inocencia no es posible identificarse como violatorio de la constitucionalidad, solo un acto de violatorio del documento internacional, subordinada en la estructura jerárquica de la Constitución

La ley procesal criminal determina que “el que afirma está obligado a probar”, con tal máxima procedimental es el procesado con tiene la carga de la prueba, lo que deriva en que sea el quien deba probar su inocencia. (Pasara, Luis, 2003).

La justicia penal adolece de tal criterio de seguridad y libertad, así la consignación define una tendencia clara a la obtención de una sentencia condenatoria por parte del juez, pues la practica procesal expresa un desequilibrio de los participantes procesales, con un robustecido ejercicio del fiscal, ante un inerte juez y una defensa minimizada. Sentencias dictadas con un amplio soporte en la confesión –ante el Ministerio Público, por lo general y en un manejo de la investigación en secrecía y de carácter administrativo- la no vigencia de inmediatez y contradicción.

Es notorio el abuso de la prisión preventiva, ante la ausencia de una adecuada política criminal también es perceptible en el uso indiscriminado de la prisión preventiva. Entendida como una medida de carácter cautelar y excepcional, no como pena, por la cual se restringe la libertad de un sujeto a quien se le imputa un delito previsto de pena privativa de la libertad, y con el cual se asegura la presencia del procesado evitando que se fugue ante la inminente amenaza de la privación mediante la sentencia.

Esta medida preventiva tiene su fundamento en el artículo 18 primer párrafo y 20 fracción X Constitucional, ha expresado un incremento acelerado, ante la ausencia del principio de inocencia, los procesos penales en su mayoría se realizan con detenido, lo que nubla la posibilidad de establecer su culpabilidad o inocencia.

En México, la gran mayoría de los procesos penales se conducen “con detenido”. Cerca del 50% de la población carcelaria en México está esperando sentencia, y hay estados en que la población que espera sentencia representa el 70% de la población carcelaria. Tal abuso de la prisión preventiva distorsiona los incentivos de operación adecuados en el proceso penal; decrece aún más la calidad de la investigación, coloca a los jueces penales en un compromiso de legitimidad severo, cuando

tienen que absolver a un acusado, reconociendo entonces haber tenido preso a un inocente y compete a la defensa a buscar sentencias condenatorias rápidas, con la esperanza de que el acusado obtenga una pena mínima y beneficios de preliberación. (Hernández Roberto y Negrete Layda, 2005;3).

La prisión preventiva evidentemente expresa connotaciones sustantivas de penalización inmediata (Raúl Guillen López, 2007:43). Esta estrategia que pretendió en sus orígenes ser una medida excepcional ante el riesgo de la no conclusión adecuada del proceso penal, muestra hoy el abuso en que se ha incurrido incidiendo negativamente en quienes intervienen en la causa criminal.

La conclusión de todo proceso con una sentencia absolutoria, luego de meses o años de prisión preventiva, deslinda responsabilidad en las instituciones operadoras del procedimiento penal hace ver faltas e ineptitudes graves de la autoridad en perjuicio siempre de los derechos fundamentales del justiciable.

Por otro lado, es amplia la secrecía en la etapa de prejudicial de la averiguación previa. Las investigaciones efectuadas en la justicia penal son referenciales al afirmar que la etapa pre-procesal se caracteriza por un poder excesivo del Ministerio Público. La averiguación previa como etapa procedimental confiere una amplia labor investigadora y de recaudación de pruebas determinantes en la integración del cuerpo del delito y la probable responsabilidad como elementos claves en la decisión del ejercicio de la acción penal o no.

La radicalización de la problemática en esa etapa procedimental es la secrecía del manejo e integración de la investigación, la declaración del inculcado es obtenida, por lo general mediando la intimidación y la fuerza por elementos poco profesionales, sin la asistencia de la defensa o persona de su confianza. Debe hacerse mención de la práctica de la simulación de la defensa, pues el contubernio institucional: Procuración de Justicia – Defensoría de oficio, permite la toma de declaración ministerial y desahogo de pruebas sin la presencia del abogado, posición asumida en su mayoría del defensor de oficio, que con posterioridad y a granel convalida las diligencias, en notorio perjuicio del inculcado.

Si a esto se agrega que las pruebas –confesional y testimonial-, desahogadas en la etapa de averiguación previa, ante el agente ministerial y con las características descritas, son reconocidas plenamente en atención del principio de inmediatez, el juzgador, en el mayor de los casos, le reconoce plenitud de valor bajo el argumento que estas fueron desahogadas en la cercanía a los hechos de la causa criminal.

Sabido es que, el ejercicio de la acción penal con la consignación de los hechos al juzgador anuncia una sentencia condenatoria, con un dato referencial 85% consignación-condena; debe decirse que “los juzgados penales son fábricas de producción de condenas, esto es que la persona que resulta consignada por el Ministerio Público tiene una bajísima posibilidad de ser absuelta como resultado del proceso” (Pasara, Luis, 2003:2).

Respecto a los principios del proceso penal, la justicia penal mexicana se caracteriza por una no operatividad del principio de inmediatez; donde se presupone una relación de interacción entre las partes del proceso penal con el propósito de que el juzgador penal este en posibilidades de que se desahoguen las pruebas en su presencia, en un doble propósito: conocimiento directo de la causa y de la valorización de los medios de convicción. Sin embargo, la participación del juzgador en los procesos penales es inerte, no faltan argumentos de excusa, lo cierto es que el detonante concluyente como punto neurálgico de la crisis en la justicia penal, es ratificada la ínfima presencia del juzgador en las audiencias y desahogo de diligencias.

De acuerdo a Bergman (en Luis Pasara, 2003:26) sólo el 30% de los condenados corroboraron la presencia del juez en su declaración; el juzgamiento penal se caracteriza por un formalismo legalista , centrado en el papel, incapaz de un tratamiento adecuado de los acusados y donde no hay jamás una interacción directa entre el juez y los imputados (Hernández Roberto y Negrete Layda, 2005:11); o en la presencia solo en un 20% de las diligencias, y siempre que se trata de audiencias de derecho, de delitos graves o cuando el asunto es delicado (Guillen López, Raúl, 2007:31-32).

La justicia penal, sin dejar de reconocer la labor encomiable que realizan de frente a un cúmulo de trabajo interminable, está depositada en una estructura jerárquica de menor nivel; el proceso penal está en manos del secretario de acuerdos, la secretaria escribiente y en los grados extremos en los meritorios estudiantes de la licenciatura y prestadores de servicio social.

Pero no sólo es la deficiencia en torno al desahogo de diligencias procesales, el proceso de dictado de sentencias está depositado generalmente en el personal administrativo de apoyo denominado secretario proyectista, cuya labor es precisamente proyectar el documento de sentencia conclusivo del proceso penal instaurado en el juzgado. El papel del juzgador es, en el mayor de los casos, ratificante y firmante de los proyectos de sentencias.

Adicionándose al encadenamiento de deficiencias, los estudios han evidenciado, aun cuando son porcentajes menores son expresión del quehacer justiciero del país, que las sentencias adolecen de la referencia expresa de la norma constitucional, tratados internacionales e incluso jurisprudencia en el cuerpo de los considerandos que den soporte a las decisiones jurisdiccionales, haciendo cruda la expresión de la falta de conocimiento, capacidad y diligencia en los ambientes jurídicos que merece el justiciable (Luis Pasara, 2003:19).

III. Libertad personal. Del garantismo al derecho diferenciado.

En relación a la libertad personal de la persona imputada en el proceso penal, la reforma impactó al constitucionalizar del principio de inocencia elevándolo a este rango al integrarse como la fracción I, del artículo 20, Inciso B; y de la acotación de la prisión preventiva con un análisis amplio relacionando los artículos 18 primer párrafo, 19 segundo párrafo y 20, inciso B, fracción IX, segundo párrafo, cuya naturaleza, sostiene la reforma, debe ser una medida excepcional o extraordinaria, cuando el delito contemple pena privativa y las medidas cautelares alternativas no sean suficientes para evitar los riesgos procesales. A la luz del sistema acusatorio y del juicio penal oral y público, el modelo por audiencias, se reforman los requisitos de procedibilidad para el

otorgamiento de las ordenes detentivas por la autoridad judicial: 1) La orden de aprehensión se dicta en función del “hecho que la ley considera como delito” y “que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”; 2) Desaparece el auto de formal prisión, y se sustituye por el auto de vinculación a proceso para cuyo obsequio el juzgador deberá ponderar los mismos requisitos anteriores.

Respecto al primeramente aludido, para el colectivo la ineficacia del principio de inocencia no es desconocido, la práctica de la justicia penal reveló para nuestro país que la regla es precisamente la culpabilidad, y que la inocencia deberá demostrarse en el proceso; no obstante que México contrajo diversos compromisos en tratados, convenciones y protocolos donde cuyo axioma es la regla. En un ejercicio de conceptualización, debemos entender la inocencia, a partir de lo que establece El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia define la inocencia como ‘el estado del que está limpio de culpa’ y ‘excepción de culpa en un delito o en una mala acción’. A su vez dice que inocente es ‘el que está libre de culpa’ y ‘el que no daña, el que no es nocivo’, (Martínez Cisneros, 2012).

Las convenciones rectoras: como la a Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de San José, estipularon: En el primero de los casos, el artículo 11 de la [Declaración Universal de los Derechos Humanos](#), según el cual: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

[Declaración Universal](#), a su vez la [Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José](#), establece en el Artículo 8 que: “*Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad*”. Y en términos semejantes se asienta en Artículo 14 del [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos](#) (ONU).

Este principio de inocencia se instituye como una garantía de seguridad jurídica, que impacta profundamente en el proceso penal, y en el cual queda inmerso situaciones

como el debido proceso y su aplicación determina el funcionamiento justo o injusto del sistema penal. Adicionalmente, en tesis aislada de la Segunda Sala del máximo órgano de interpretación judicial (2007); se había planteado la obligación de la carga de la prueba a la autoridad acusadora, y sus alcances trascienden

“...la órbita del debido proceso, pues con su aplicación se garantiza la protección de otros derechos fundamentales como son la dignidad humana, la libertad, la honra y el buen nombre, que podrían resultar vulnerados por actuaciones penales o disciplinarias irregulares. En consecuencia, este principio opera también en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de "no autor o no partícipe" en un hecho de carácter delictivo o en otro tipo de infracciones mientras no se demuestre la culpabilidad; por ende, otorga el derecho a que no se apliquen las consecuencias a los efectos jurídicos privativos vinculados a tales hechos, en cualquier materia.”

La vigencia y positivización de este principio supone pues el resguardo de otros derechos fundamentales inherentes a la persona misma desde la dignidad, la libertad, la honra y el buen nombre. La situación en México no ha sido en nada alentadora, incluso mediáticamente se crea en la conciencia colectiva de que la responsabilidad del imputado es irrefutable; procesalmente es una carga al imputado y socialmente un descrédito que, no obstante sentencias absolutorias, sus efectos son difíciles de revertir; la violación a este derecho humano, al tenor de las reformas y adiciones de junio de 2011, deja expedito el derecho del afectado a la indemnización reparatoria por parte de la autoridad responsable. Desde la perspectiva del gobernado un avance en la pretensión de justicia; sin embargo, los actos arbitrarios o ilegítimos de la autoridad se reducen a pesos y centavos.

Con relación a la prisión preventiva, su causa de excepcionalidad se planteó un acotamiento, respecto a su procedibilidad y duración. Respecto a su naturaleza jurídica, esta figura procesal sigue la lógica cautelar (Riego y Duce, 2008), esto es: “el objetivo de esta institución del proceso penal es garantizar la realización exitosa del juicio y sus consecuencias”; en consecuencia con ella tiende a evitarse los riesgos procesales de evasión, la seguridad de la víctima y la sociedad, ante el peligro de la evasión del sujeto imputado como activo de la acción ilícita. Procede

Los debates respecto a su necesidad o no, a su consideración como una “pena anticipada” (Luigi Ferrajoli, 2006), derivado que la “presunción de peligrosidad equivale a una presunción de culpabilidad” (Oscar Uribe Benítez, 2009); dejó ver que la práctica de la justicia en México su uso incurrió en un abuso haciéndola “indebida, exorbitada, injusta y costosa” (Zepeda Lecuona, 2009), donde más del 40% de las personas en prisión se encuentran en esa condición, así sostenido por el mismo investigador.

Las adecuaciones constitucionales de 2008 permitió la conformación respecto al tema al establecerse en el artículo 18, primer párrafo que: “Solo por delito que merezca pena privativa de la libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de este será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados”. Los principios contenidos en el artículo 19, segundo párrafo estableció como facultad del Ministerio Público el solicitarla al Juez –correspondiendo al Juez de Control o de Garantías, esto en el marco del nuevo sistema acusatorio y que nuevamente se reforma en junio de 2011-, reestructurado en el sentido de que

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

Ratificándose su carácter extraordinario, sin embargo, se integra la modalidad de la prisión preventiva oficiosa, que por sí misma es un acto de contradicción del espíritu constitucional, cuando previene como máxima la vigencia del principio de inocencia y el obsequio de la medida más drástica inmediata; si bien, los delitos contemplados en ésta son de alto impacto por el bien jurídico que tutelan, también lo es que, el imputado es considerado ipso facto con un grado de certeza y razonabilidad, como culpable.

Con respecto a la duración los plazos son acotados al así estipularse en el segundo párrafo, de la fracción IX, inciso B, del artículo 20 constitucional, que plantea:

La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

Al relacionar estos plazos, con la definición de la situación jurídica, al ser juzgado en cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa, sustentado en la fracción VIII del mismo en comento. Como se advierte, la intención es evitar juicios prolongados sin el pronunciamiento definitivo del juzgador; en obviedad que de ser sentenciado, el tiempo recluido en su condición preventiva se computa en la cumplimentación de la pena. En ambos plazos, se plantea como excepcionalidad, que la defensa solicite mayor plazo para delinear una mejor estrategia del caso; esto es, lo que en la mayoría de las veces lleva implícita la dispensa a los excesos de temporalidad en el dictamen de sentencia.

Por otro lado, se ajustaron los actos de autoridad, y sus requisitos de procedibilidad, con miras a la afectación, limitación o privación de la libertad personal derivado de una investigación criminal. Los requisitos que la Constitución exigía respecto a la dictaminación de la orden de aprehensión y auto de formal prisión, tenía su basamento en la integración del cuerpo del delito y probable responsabilidad, reemplazados ahora por los conceptos de “Hecho ilícito” y “existencia de la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participo en su comisión”, artículos 16 y 19 constitucionales; con las reformas se sustituyen disminuyendo la carga probatoria.

Estos elementos constituyen los pilares más relevantes de la seguridad jurídica en materia de investigación criminal, pretende evitar las arbitrariedades e ilegalidades de la actuación del poder público, y que obliga a la autoridad a justificar su acto limitativo

en función de elementos indiciarios mínimos del delito y de la participación del imputado. En el histórico de las adecuaciones en la definición de los elementos de procedibilidad para la detención del imputado, sobresalen las reformas constitucionales de 1993 y 1999, donde se estipuló los elementos del tipo penal y la probable participación, y su regreso al cuerpo del delito y probable responsabilidad, respectivamente; con el trasfondo del enfrentamiento de la dogmática penal causalista y finalista. Más allá del debate filosófico, la carga probatoria exigió elementos mínimos para el obsequio de la orden de aprehensión o en su caso el auto de formal prisión, los cuales se disminuyen con los nuevos conceptos, así sostenido por Carlos F. Natarén Nandayapa (2008) al especificar que:

“...el sentido de la reforma es reducir los requerimientos de prueba para el ejercicio de la acción penal, lo que incluso se aprecia al observar que en la redacción del precepto utiliza el verbo establecer en lugar del procerco de acreditar que era el utilizado en el texto anterior.... Implica que los parámetros probatorios se reducen en esta etapa del procedimiento, tanto en su *extensión* (que se refiere a lo que hay que probar) como en su *intensidad* (que se refiere al grado de certeza que se necesita establecer).

Y que los Suprema Corte (2011) ha sostenido en precedentes relevantes de integración del auto de vinculación a proceso que:

El auto de formal prisión en los procedimientos tradicionales y el auto de vinculación a proceso en el procedimiento penal adversarial son de naturaleza y efectos distintos, pues el primero no tiene sentido y sustento bajo el nuevo sistema de enjuiciamiento oral, de corte garantista, en el que los imputados deberán ser considerados inocentes, hasta que se dicte sentencia firme en su contra, además, cuenta con nuevas reglas procesales, *ya que para dictar un auto de vinculación a proceso únicamente se requiere que los datos (no pruebas formalizadas) que fueron recabados en la carpeta de investigación establezcan el delito que se atribuye al imputado, el lugar, tiempo y las circunstancias de ejecución, y que exista la probabilidad de que él lo cometió o participó en su comisión...*”

La apuesta al sistema acusatorio adversarial, con la implementación de juicios públicos, orales, inmediatos, continuos, permite conceder el beneficio de que las características que han acompañado a la –in-justicia penal en nuestro país tenderán a mejorar en estricto apego a los derechos humanos; también lo es que, los actos de autoridad que

violan estos derechos permanecen en la opacidad, la corrupción, creando cadenas de impunidad. La reforma de 2011 crea un vínculo indemnizatorio de estas violaciones; donde las expectativas de justicia para quien fue imputado, procesado, detenido, y absuelto por una deficiente praxis de procuración e impartición de justicia, aspire a recibir una compensación económica por los daños y perjuicios que le ocasionaron, plantea las interrogantes de la capacidad resarcitoria del funcionario abusivo o, en su caso, de la capacidad del erario público para indemnizar por los abusos de sus funcionarios.

Las aspiraciones garantistas de la reforma son cuestionadas cuando crea una prisión preventiva oficiosa; cuando legitima al arraigo como medida procesal al elevarlo a rango constitucional, y crea regímenes diferenciadores de trato a los imputados, creando ciudadanos comunes y enemigos, considerados así por su irrupción tan violenta al pacto social, llámese terroristas, tratantes, traficantes, secuestradores; etc.

La coexistencia de dos modelos paradigmáticos en el derecho penal vigente –normal y evolucionado- demuestra esta dicotomía de tratamiento penal, en su doble contenido, el sustantivo y procesal. Por un lado, un proceso sometido a una serie de principios constitucionales y legales -Principios de legalidad, proporcionalidad, lesividad, de culpabilidad, de resocialización, de la humanidad de las sanciones penales, de reconocimiento de las víctimas, de cooperación internacional, de garantías del juez ordinario, de principios acusatorio y de oportunidad-; mismos que se laxan o flexibilizan en la actividad persecutora de la criminalidad organizada, de frente a un necesario combate que orille a la contención de peligrosidad, y que se traduce en nuevas reglas procesales, de tratamiento, intimidación y persecución, de la imposibilidad de beneficios procesales y carcelarios.

Entendiendo por garantismo el reconocimiento firme y convencido de los derechos individuales inherentes a la dignidad humana, cuyo respecto compromete al Estado. (Sergio García Ramírez: 2000). Sin embargo, la tendencia normativa ante el fenómeno expansivo y de peligrosidad de la delincuencia organizada los hasta entonces,

baluartes del derecho penal moderno, impregnado por un largo proceso evolutivo que lo habían definido con una alta carga de humanismo y derechos como garantías de la dignidad del ciudadano, representan ahora un freno lacerante para el combate del enemigo.

Ilustrado así por el mismo Sergio García Ramírez (2000) quien considera:

En suma, la arremetida de la delincuencia organizada contra la sociedad, que genera un sofocante estado de inseguridad pública trae consigo la erosión de garantías individuales y la adopción de medidas supuestamente pragmáticas, -pronto se advierte que carecen en general de la eficacia que se les atribuyo-. Dicho de manera gráfica, resulta que “la Constitución es el adversario del ciudadano”, y que “los derechos fundamentales son el obstáculo para la seguridad”.

La dicotomía garantista y persecución efectiva, se ha ido resolviendo, cuando menos en cuanto a política criminal respecto a la delincuencia organizada, con el triunfo de la segunda, huelga decir que profundos debates entre las comunidades epistémicas garantistas y sus opositores siguen hoy en día en la palestra nacional, matizando la racionalidad y coherencia de la sustancia del instrumento legal de nuestro país.

Mediáticamente, en los operadores del derecho y la justicia, círculos de profesionales y del mismo órgano de interpretación nacional ha permeado la paradigmática eficiencia persecutoria y punitiva de la criminalidad organizada, los indicadores de corrupción, de infiltración, de peligro social y a las instituciones públicas, de sus ramificaciones en el poder económico y político, son los principales justificaciones que soportan los argumentos tendientes a obtener la legitimación del derecho penal del enemigo.

La reforma constitucional de 2008, diferenció las estrategias procesales entre el delincuente común y aquel inmerso en una organización delictiva:

- a. Respecto al decomiso se transforma en una pena de carácter trascendental esto es, comprendiéndose en esta modalidad delictiva además de los objetos, productos e instrumentos del delito, a los bienes de propiedad del sentenciado y aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño; creándose la

extinción de dominio, con la subsecuente aprobación de la ley especial de mérito.

- b. En los procesos persecutores del delito la carga de la prueba no es una obligación del Ministerio Público, sino del procesado al que le corresponde probar su inocencia.
- c. La reforma del artículo 16 constitucional en lo tocante a la intervención de las comunicaciones privadas y de la correspondencia se definieron nuevos parámetros para el obsequio y alcance del mismo.
- d. Divergente también del derecho penal normal, la ley especial de delincuencia organizada impide que el sentenciado por este delito, nuevamente atendiendo a su tipología de delito grave y de peligro, no puede acceder a obtener su libertad preparatoria o de condena condicional; contrariamente se plantea, por la naturaleza de los delitos implícitos, la prisión preventiva oficiosa.
- e. La ampliación de los plazos para la detención y retención de los sujetos inculcados de delincuencia organizada, como es el caso del arraigo que puede prolongarse hasta por ochenta días.
- f. Por lo que respecta a la reclusión, el régimen penitenciario también planteó diferenciaciones, cuando el espíritu de la reforma justificó centros de detención más cercanas al medio social del sentenciado, que le facilitara la reinserción; el último párrafo del artículo 18 creándose centros especiales, la posibilidad de prohibición de comunicación con terceros, excepto la defensa, medidas de seguridad adicionales.

La sola ponderación de los valores de orden y seguridad pública, de combate delictivo, encuentra su justificación y legitima a cualquier Estado en proporción del respeto a los derechos humanos de sus gobernados, implícito en ello el respeto a la vida, la libertad, la dignidad, la igualdad, y el desarrollo pleno.

IV. Conclusiones

Los esfuerzos por la mejora de la justicia penal, desde lo normativo, creando un bloque de constitucionalidad y de convencionalidad, va desde el respeto a los derechos

fundamentales, constitucionalización de las garantías de debido proceso judicial que redundan en los derechos de la víctima y de seguridad jurídica del inculcado; implica también reajustes en la praxis de la justicia, en sus operadores inherente por sí mismo serios y responsables procesos de actualización y capacitación del personal de investigación, procuración e impartición de justicia, de movilidad e ingreso por oposición; de rendición de cuentas, de transparencia y publicidad; así como combatir la impunidad al operativizar y eficientar el conjunto de responsabilidades institucional, de los funcionarios públicos, concomitante a la reforma del estado constitucional.

Los actos de afectación a la libertad personal deberán ser proporcionales a los riesgos procesales, donde al racionalizarse esta medida el juzgador deberá tutelar los derechos de la víctima y del imputado, bajo elementos indiciarios claros y razonables, el reto es disponer de información veraz, en un juicio imparcial y público.

La *vacatio legis* se acorta inexorablemente, y aunque las tendencias de adecuación adjetiva avanzan sustancialmente en las entidades federativas; se adquiere un compromiso ético adicional, de avizorar los errores o deficiencias en que se ha incurrido por aquellos estados cuyo sistema acusatorio adversarial ya se aplica.

A guisa de ejemplo es que en los Estados Latinoamericanos que ya nos llevan ventaja con respecto a la implementación del sistema de justicia, en voces de Sánchez Zepeda y Espino (2010: 91), bajo el rubro de “el sistema contra sí mismo”, sostienen que:

El sistema no protege, ni reconoce, ni promueve los derechos del imputado dándole un juicio rápido, ni un trato justo, pues, aunque se encuentre en libertad, estar pendiente de un proceso penal cuyo destino es incierto constituye una afrenta a la libertad personal. Además del rezago en sede fiscal o judicial confirma el mismo tratamiento de los procesos que se tenían con el otrora sistema inquisitivo.

Bibliografía

CARBONELL, Miguel, *Cuando la impunidad es la regla. Justicia penal y derechos fundamentales en México*, en Boletín mexicano de derecho comparado, México, 2006, año XXXIX, Pp. 351-369

FERRAJOLI, Luigi; *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, España, 2006, 1019 pp.

GARCÍA Ramírez, Sergio, *Delincuencia Organizada*, Antecedentes y regulación penal en México, Edit. Porrúa-UNAM, México 2000, 3ª ed., pp. 341

- - *Consideraciones sobre la reforma procesal penal*.
www.bibliojuridica.org/libros/1/131/8.pdf

GUILLEN López, Raúl -*Diagnóstico Sistema de justicia penal, caso Sonora*, México, 2007, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

HERNANDEZ, Roberto y NEGRETE, Layda. *Opinion jurídica sobre la reforma penal en México*, México 2005.

PASARA, Luis, *Como sentencias los jueces del D.F. en materia penal*, México, 2003, 52 pp.

NATAREN Nandayapa Carlos F. *Breves reflexiones sobre algunos de los retos en el diseño del nuevo proceso penal ordinario*, en el Sistema de justicia penal en México: Retos y Perspectivas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008.

MARTINEZ, Cisneros German; *La presunción de inocencia. De la Declaración Universal de los Derechos Humanos al Sistema Mexicano de Justicia Penal*; Revista del Instituto de la Judicatura Federal; P. 228, fuente electrónica [consultada Diciembre de 2011], disponible en: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/26/RIJ26-12DMartinez.pdf>

MÉXICO. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2011). Fuente electrónica, disponible en: www.ordenjuridico.gob.mx

SANCHEZ Zepeda Rodolfo y ESPINO G. Miguel A.; (2010), *Fundamento del sistema acusatorio y perspectiva de su implementación desde la experiencia Latinoamericana*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Serie Estudios Jurisprudenciales 3.

Organización de las Naciones Unidas, Declaración Universal de los derechos humanos, fuente electrónica, [consultada en diciembre de 2011], disponible en <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1948-DeclaracionUniversal.htm?gclid=CLSdiZHXxrACFcleTAodzqx3WQ>

Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto San José, fuente electrónica, [consultada en noviembre de 2011], disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION; *Auto de vinculación a proceso. Su naturaleza y efectos son distintos al del auto de formal prisión (nuevo sistema de justicia penal en el estado de Oaxaca)*. Tesis aislada; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIII, Febrero de 2011; Pág. 2253

--- *Presunción de inocencia. Alcances de ese principio constitucional*. 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, Mayo de 2007; Pág. 1186

RIEGO, Cristián y DUCE, Mauricio; *Prisión preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina. Evaluación y Perspectivas*; Ceja Américas CEJA-JSCA; Santiago de Chile, 2008.

URIBE Benítez, Óscar; *La prisión preventiva en el proceso penal acusatorio y oral de México*; Cámara de Diputados, Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias; Serie Temas Parlamentarios, México, 2009, 69 pp.

ZEPEDA Lecuona, Guillermo; (2007) *Cuatro temas urgentes para la reforma penal*, Colección Propuestas para el Cambio; Centro de Investigación para el Desarrollo.

--- (2009) Los mitos de la prisión preventiva en México; 2da edición; Serie Prision Preventiva; Open Society Justice Initiative, México, 2009; 21 pp. Fuente electrónica, disponible en: <http://investigacionpolitica.iteso.mx/wp-content/uploads/2012/04/Zepeda.pdf>