

Consideraciones sobre derechos humanos y justicia penal en la constitución *La normativa constitucional y la reforma de 2011*

Sergio García Ramírez*

SUMARIO: 1. Introducción: derechos y justicia penal en el marco constitucional. 2. Los signos de las reformas constitucionales. 3. Rediseño del procedimiento. 4. Fuentes político-normativas de las reformas constitucionales de 2019. 5. Federalización y militarización de la seguridad pública. 6. Restricción cautelar de la libertad. 7. Privación de dominio. 8. Otros extremos en el marco constitucional. Derivaciones. 9. Aportaciones de la reforma de 2011 al sistema penal constitucional.

PALABRAS CLAVE: Reformas constitucionales, derechos humanos, justicia penal

Key words: Constitutional reforms, human rights, criminal justice

RESUMEN: La reforma penal de 2011 en materia de derechos humanos ha sido la más relevante de su materia a partir de 1917. En ella se cristalizaron propuestas anteriores que no ascendieron al peldaño constitucional. Algunos analistas sostienen que el giro de 2011 instaló un nuevo paradigma en nuestra normativa suprema, colocando los derechos humanos a la cabeza del orden constitucional positivo. Sea de esto lo que fuere, conviene advertir que la reforma constitucional sobre derechos humanos no concluyó en 2011. Hay puntos pendientes, por ello opté por referirme aquí a la justicia penal, no al sistema penal, instrumento o método de aquella. En esa alusión tomo en cuenta el horizonte hacia el que se mueve —o debiera moverse— la normativa de nuestra especialidad, inscrita en el gran proyecto antropocéntrico universal que ha campeado en el orden jurídico constitucional de los últimos dos siglos.

* Profesor emérito de la Universidad Nacional Autónoma de México. Investigador emérito del Sistema Nacional de Investigadores (SNI). Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y antiguo profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM. Fue procurador general de la República, juez y presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y presidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

Fecha de recepción: 30 de abril de 2021.

Fecha de aceptación: 2 de junio de 2021.

1. DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA PENAL EN EL MARCO CONSTITUCIONAL

Aquí propongo una reflexión sobre derechos humanos y justicia penal, considerando algunas disposiciones de materia penal incorporadas en la normativa constitucional en los últimos años. En mi concepto, diversas figuras y medidas de esta materia que hoy figuran en la ley suprema entran en tensión o en franca colisión con las ideas que presidieron la reforma constitucional de 2011 sobre derechos humanos¹, a la que debieron subordinarse —a través de una revisión puntual de textos anteriores a ese año o una cuidadosa elaboración de los posteriores—, puesto que esta reforma puso al día el “ideario” constitucional relativo a derechos humanos.

Las cuestionables disposiciones a las que me referiré inciden en el régimen de los derechos humanos y afectan los postulados del orden penal propio de una sociedad democrática. Me he ocupado de este asunto, que atiendo dentro de la línea de investigación a mi cargo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en foros y publicaciones a los que aludo en estas páginas. En otro texto reciente, muy breve —debido al espacio disponible en la obra al que se destinó—, he formulado una aproximación a esta cuestión, que aquí extiendo con detalle, acompañada del aparato crítico que sustenta o ilustra mis afirmaciones.

Bajo la orientación que provee la fundamental reforma de 2011 se debe ponderar la normativa emanada de los cambios introducidos en 2008 —que han determinado el curso del sistema penal de esta etapa²— y desde luego las reformas incorporadas en 2019, que debieron atenerse puntualmente a la letra y al espíritu de 2011 y a la corriente penal más afín al reconocimiento y la tutela de los derechos humanos, pero no lo hicieron, como se desprende de este análisis y de otros muchos elaborados por numerosos tratadistas de la política criminal en los años recientes³. En la revisión

¹ Me he referido detalladamente al sentido de esta reforma en García Ramírez, Sergio, y Morales, Julieta, *Constitución y derechos humanos. La reforma constitucional sobre derechos humanos*, 5ª. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, 2019, esp. pp. 21, 66 y ss.

² Analizo esta reforma en mi libro *La reforma penal constitucional (2007-2008). ¿Democracia o autoritarismo?*, 5ª. ed., México, Porrúa, 2016. Esta reforma generó debates y amplia bibliografía. En el acervo de ésta, cabe mencionar la reunión de estudios desarrollados desde diversas perspectivas (legisladores, funcionarios del Ministerio Público, juzgadores, académicos y defensores de derechos humanos), en una obra colectiva que ofrece un panorama amplio y objetivo de la reforma: García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), *La reforma constitucional en materia penal. Jornadas de justicia penal*, México, UNAM-Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2009.

³ Moisés Moreno señala que la política criminal imperante en México “ha sido caracterizada como una política predominantemente represiva y persecutoria” que utiliza la violencia para combatir la violencia, así como el uso de las fuerzas más letales (...). “¿Una nueva tendencia de la política criminal en México”, en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal (coords.), *Desafíos en el panorama*

que ahora emprendo figuran ciertos textos inmediatamente anteriores a 2011 que han seguido gravitando en reformas posteriores y militando contra los derechos humanos en la vertiente penal.

No omito subrayar una vez más, para los fines del tema que ahora me interesa, en la necesidad de contar con una verdadera política pública de seguridad y justicia, inserta en la política social, con fundamento democrático⁴, cuyo cimiento debe localizarse en la Constitución, depurada de elementos que la desvíen de este designio y la deslicen en la pendiente del “populismo penal”.⁵

La reforma penal de 2011 en materia de derechos humanos ha sido la más relevante de su materia a partir de 1917. En ella cristalizaron propuestas anteriores que no ascendieron al peldaño constitucional. Algunos analistas sostienen que el giro de 2011 instaló un nuevo paradigma en nuestra normativa suprema, colocando los derechos humanos a la cabeza del orden constitucional positivo⁶. Sin embargo, ese paradigma ya existía en el Derecho histórico mexicano: fue establecido por el Decreto Constitucional de Apatzingán de 1814 (artículo 24),⁷ y reiterado por las Constitución de 1857 (artículo 1º)⁸. Sea de esto lo que fuere, conviene advertir que la reforma

de la justicia penal en México, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2020, pp. 27, 43 y ss.

⁴ Así se postuló en la Conferencia Internacional sobre Seguridad y Justicia en Democracia, reunida en México en 2011, con patrocinio de la UNAM y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, presidido por Jorge Carpizo. Sobre la adopción de un cambio de paradigma en las políticas públicas de este sector y su necesaria reconsideración en el marco de la política social, considerando que “es inaceptable que se recarguen en la justicia penal expectativas que corresponden más bien a la justicia social”, cfr. Varios, *Elementos para la construcción de una política de Estado para la seguridad y la justicia en democracia. Hacia una política de Estado en los albores del Tercer Milenio*, México, UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, agosto, 2011, pp. 9 y 17.

⁵ El abordaje de la inseguridad ha calado profundamente en los legisladores, que ven en aquél “una herramienta política y una de sus últimas posibilidades para reconfigurar su poder, claramente desgastado y ampliamente criticado”. La “sociedad del miedo” prohija el desbordamiento del legislador. García Huitrón, Alan, *La política de seguridad en México. Evaluación y reflexiones desde la criminología crítica (2006-2012)*, México, INACIPE, 2014, pp. 76-77.

⁶ Así, en el rubro de una obra importante sobre esta materia: Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, 2012, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012.

⁷ Entre los principios fundamentales de ese texto, primera Constitución propiamente mexicana, se exaltó la “dignidad del hombre”, Cfr. Martínez Albesa, Emilio, “Preámbulo y exposición de motivos del Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana (‘Constitución de Apatzingán’) de octubre de 1814”, en Ortiz Ortiz, Serafín y Soberanes Fernández, José Luis (coords.), *La Constitución de Apatzingán. Edición crítica (1814-2014)*, Tlaxcala, Universidad Autónoma de Tlaxcala, Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 130.

⁸ Emilio Rabasa dijo: quizás no (hay) en la legislación constitucional mexicana hecho más importante que la adopción de los derechos del hombre, ni evolución más completa ni más necesaria que la que ella debía producir en toda la obra legislativa “*La Constitución y la dictadura. Estudio sobre la organización política de México*, 3ª. ed., México, Porrúa, 1956, p. 75.

constitucional sobre derechos humanos no concluyó en 2011. Hay puntos pendientes, en opinión de algunos juristas⁹.

Opté por referirme aquí a la justicia penal, no al sistema penal, instrumento o método de aquélla. En esa alusión tomo en cuenta el horizonte hacia el que se mueve —o debiera moverse— la normativa de nuestra especialidad, inscrita en el gran proyecto antropocéntrico universal que ha campeado en el orden jurídico constitucional de los últimos dos siglos¹⁰. En todo caso se trata de actuar, aplicar o alcanzar la justicia a través del sistema penal: orden jurídico y orden práctico. Este ha sido el signo declarado bajo el que se inscriben todas las reformas constitucionales practicadas en años recientes: cada una pretende avanzar en dirección a la justicia penal, removiendo los obstáculos y los errores de la legislación reformada. Bien que así sea, aunque no siempre se consiga y en ocasiones se retroceda¹¹, como veremos en el curso de estas reflexiones.

Como dije *supra*, en este artículo sólo abordaré algunos temas penales que repercuten intensamente en la regulación y la práctica de derechos humanos en las vertientes sustantiva, adjetiva y ejecutiva. La misión penal del Estado viene al caso cuando éste ejerce, como titular de la violencia legítima¹², la tarea que le compete

⁹ Así, Carpizo, Jorge, en “Los derechos humanos, límites, reglamentación y titularidad”, en Sepúlveda Iguiniz, Ricardo y García Ricci, Diego (coords.), *Derecho constitucional de los derechos humanos*, Escuela Libre de Derecho-Porrúa, México, 2012, pp. 69-71. Asimismo, Julieta Morales Sánchez y yo nos hemos referido a puntos que no abordó, pudiendo hacerlo, la reforma de 2011. Cfr. *La reforma constitucional...*, cit., pp. 198 y ss. Cfr. igualmente, Pérez Johnston, Raúl, “Algunas consideraciones sobre el impacto de la reforma constitucional de derechos humanos de junio de 2011, a la luz de su implementación jurisprudencial”, en Talamás Velázquez, Ernesto, y González López, Ivonne Montserrat (comps.), *Reformas al sistema jurídico en México 2011-2014*, México, Escuela Libre de Derecho-Porrúa, 2015, pp. 64 y ss.

¹⁰ Cfr. Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001, pp. 114-115. La idea ha sido expresamente recogida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia —indican Juan Carlos Vásquez Rivera y José Luis Jiménez Jaramillo— en diversas sentencias: T-401 de 1992 y T-401 de 2002: “El cauce abierto por la Corte tiene una especial importancia en el desarrollo del principio de la eficacia de los derechos fundamentales y de la realización de los fines y valores de la Constitución, sobre todo en lo relativo a la concepción antropológica. Esta llamada concepción antropológica surge de la interpretación que ha realizado la Corte Constitucional del enunciado normativo de la dignidad humana (...) la Corte ha extraído la idea de que el hombre es un fin en sí mismo, lo que ha significado la valoración del ser humano como ser autónomo en cuanto se le reconoce su dignidad”. Cita en mi libro *Panorama del proceso penal*, México, Porrúa, 2004, p. 7 n. 2

¹¹ Para una examen sobre el estado que ha guardado el sistema penal, los retrocesos observados en los últimos años y las propuestas de reforma en diversas vertientes, cfr. Varios, *Elementos para la construcción de una política de Estado...*, cit. Este documento señala una situación que se mantiene vigente, o acaso agravada: “México vive graves problemas de inseguridad, violencia y criminalidad que impactan en los más diversos aspectos de la vida nacional (...) La violencia ha tomado en numerosas regiones del país dimensiones y formas nunca antes vistas”, *ibidem*, pp. 1 y 3.

¹² Cfr. Weber, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, trad. de José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eduardo García Máynez, Eugenio Imaz y José Ferrater Mora., Fondo de Cultura Económica, México, 1992, pp. 1056-1060. De los derechos humanos en materia penal me

una vez excluida, tras una larga y lenta evolución histórica, la reacción de los particulares como respuesta punitiva a los delitos que les afectan. No ignoro, desde luego, la reciente consideración constitucional sobre la relación entre el autor del delito y la víctima, consideración que reviste muchos beneficios y modifica el panorama de los derechos fundamentales de ambos protagonistas del hecho punible y sus efectos.

Sostengo que hay inconsecuencias notorias entre la orientación de la reforma de 2011 y la que caracterizó algunas disposiciones provenientes de la reforma de 2008, así como la que identifica varios cambios posteriores a 2011. Desde luego, reconozco los grandes pasos adelante que aportó la reforma de 2008, saneadora de diversos extremos del sistema penal, pero no pierdo de vista las desviaciones que anidaron en aquella y que fueron reiteradas y agravadas en 2011¹³. A partir de este señalamiento, sostengo la necesidad de reconsiderar y corregir, al amparo de las ideas rectoras de la reforma de 2011, el rumbo y varias soluciones penales que constan en la ley suprema. Esta reflexión es consecuente con el persistente propósito, manifestado en múltiples ocasiones, de progresar en el respeto y la garantía de los derechos humanos vinculados con la justicia penal, propósito que tropieza con algunas reformas de esta materia que persisten en la normativa constitucional vigente.

En el ámbito que ahora nos interesa, donde se agita el encuentro entre el Estado poderoso, dotado de facultades demoledoras, y el ciudadano común, equipado con derechos y libertades frecuentemente nominales, se plantean y resuelven los más arduos dilemas y las más intensas tensiones entre democracia —con raíz liberal— y autoritarismo. De hecho, la solución de estas tensiones ha nutrido el propósito del Poder Revisor de la Constitución, que siempre invoca, para justificar su marcha, tanto la seguridad de la sociedad como el respeto a los derechos humanos. Un falso dilema propuesto en este ámbito —planteamiento erróneo que merece el mayor rechazo— plantea la opción entre dos extremos “inconciliables”: derechos humanos y democracia, en un extremo, y seguridad pública, en el otro. De esta alternativa ominosa proviene la adopción de recursos preventivos y punitivos que afecta los derechos humanos e implica un retroceso histórico en el camino del sistema penal propio de una sociedad democrática. Ahora examinaremos algunas consecuencias de esta falacia, que entrañan una grave tensión entre la letra y las ideas de la reforma de 2011 y el propósito que reside en otras soluciones constitucionales vigentes¹⁴.

he ocupado desde hace tiempo; así, cfr. mi artículo “Los derechos humanos y el Derecho penal”, en *Estudios penales*, Saltillo, Universidad Autónoma de Coahuila, 1982, pp. 233 y ss., y mis libros *Los derechos humanos y el Derecho penal*, 2ª. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 1988, y *Proceso penal y derechos humanos*, 2ª. ed., México, Porrúa, 1993.

¹³ Al respecto, cfr. García Ramírez, Sergio, y Silva Meza, Juan, *Sistema penal: errores y desvíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020. Véase comentario en Astrain Bañuelos, Leandro Eduardo, “Regresiones penales: réquiem al Derecho penal humanista”, *Ciencia Jurídica*, Guanajuato, vol. 9, núm. 18, 2020, pp. 179 y ss.

¹⁴ Es preciso llamar la atención acerca de la “hiperideologización” del tema de la seguridad pública, terreno en el que entran en pugna corrientes de “izquierda” y “derecha”. Cfr. Sagües, Néstor Pedro, *La*

En el examen de estas cuestiones conviene recordar que la reflexión sobre el orden penal contribuyó a delinear el modelo del Estado de Derecho¹⁵. Atraigo de nueva cuenta la idea que gobierna la materia desde el final del siglo XVIII, rectora de la justicia penal ilustrada: la ley penal —y a la cabeza, la regulación penal constitucional— revela con fidelidad el talante liberal o autoritario de una sociedad¹⁶, que se proyecta en el régimen de los derechos humanos. De ahí la enorme importancia de aquélla a la hora de declarar los derechos fundamentales de los ciudadanos, como se vio en la *Déclaration* de 1789¹⁷. Y también de ahí la trascendencia de cuidar con esmero —que no siempre hemos aplicado— el diseño del sistema penal, como dijeron con empeño los reformadores ilustrados del siglo XVIII¹⁸ y los forjadores de la República¹⁹ entonces asediada —como ahora mismo— por el crimen y la injusticia.

Por supuesto, no desconozco que los tropiezos que ha padecido la normativa penal constitucional (que sirve para proteger, con máxima intensidad, los derechos humanos, pero puede oprimirlos cuando descarrila de su vía racional), no son apenas característicos de nuestro país o de nuestro tiempo. Se han observado dondequiera. Hay una incisiva mirada y una fuerte advertencia sobre las desviaciones del sistema penal a través de normas y prácticas que implican un retorno al pasado autoritario y traen consigo nuevas presiones sobre los derechos básicos de los ciudadanos y el quehacer del poder público²⁰. Las antinomias y los dilemas se hallan a flor de piel aquí y ahora.

Constitución bajo tensión, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, pp. 309-311.

¹⁵ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 3ª. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruíz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta, 1998, p. 24.

¹⁶ “En caso de haber una exacta y universal escala de las penas y de los delitos, tendríamos una común y probable medida de los grados de tiranía y de libertad y del fondo de humanidad, o de malicia, de todas las naciones”. Beccaria, César, *De los delitos y de las penas*, 2ª. ed., trad. de Juan Antonio de las Casas, estudio introductorio de S. García Ramírez, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 226.

¹⁷ Pondero el énfasis sobre los derechos humanos de materia penal en la Declaración de 1789, en “César Beccaria y la Declaración de 1789”, en Varios, *Bicentenario de la Revolución Francesa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, pp. 55 y ss.

¹⁸ “Nada interesa más a una nación que el tener buenas leyes criminales, porque de ellas depende su libertad civil y en gran medida la buena constitución y seguridad del Estado”. Lardizábal y Uribe, Manuel, *Discurso sobre las penas*, México, Porrúa, facsimilar, p. III.

¹⁹ “La legislación criminal (...) es a la vez el fundamento y la prueba de las instituciones sociales”. Otero, Mariano, “Indicaciones sobre la importancia y necesidad de la reforma de las leyes penales”, en *Obras*, México, Porrúa, 1967, t. II, pp. 653-654.

²⁰ Al respecto, me remito, sólo por ejemplo, a las observaciones y preocupaciones de tratadistas descollantes que menciono en *La reforma penal constitucional...*, cit., pp. XVI-XVIII: Winfried Hassemer, Mireille Delmas-Marty, E. Raúl Zaffaroni, J. Ma. Terradillos Basoco, Perfecto Andrés Ibáñez, Miguel Polaino Navarrete y Olga Islas de González Mariscal, entre otros.

2. LOS SIGNOS DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES

El ímpetu reformador de la preceptiva constitucional en México, volcada primordialmente en la porción dogmática de la ley suprema, donde residen los derechos humanos de fuente interna y se fija el quehacer tutelar del poder público, adquirió intensidad a partir de 1993. Hubo reformas anteriores, con perfil liberal y orientación humanista o humanitaria²¹, pero la gran mayoría de las reformas se produjo a partir de ese año y no ha cesado a lo largo de las últimas décadas.

En estos años llegaron las ya mencionadas y copiosas reformas de 2008, así como las modificaciones de 2011, menos numerosas en lo atinente a la justicia penal y a sus implicaciones directas. El mayor peso corresponde, en fin de cuentas, tanto a las reformas de aquel año como a las adoptadas después de 2011, que también son objeto de este examen²². Como señalé, es preciso ponderar la congruencia entre la letra y el espíritu de 2011, que expresan nuestra actual convicción profunda acerca de los derechos humanos, y los mismos extremos en varias fórmulas de la frondosa reforma penal constitucional de 2008 y de las que llegaron después de 2011. Esta ponderación muestra inquietantes retrocesos en la materia que aquí interesa.

Conviene señalar que la evolución en el ámbito de los derechos humanos en materia penal ha corrido por varias etapas desde el final del siglo XVIII, que es nuestro punto de partida para la reflexión histórica. Asimismo, han adquirido notable presencia las alternativas al proceso. El horizonte de esa evolución, en sus expresiones más relevantes para el arraigo y la tutela de los derechos primordiales, apunta hacia lo que se ha denominado el Derecho penal mínimo, es decir, el empleo limitado, racional, proporcional y retraído de la herramienta penal como instrumento de control social²³.

²¹ Expongo este movimiento en *La Constitución y el sistema penal: 75 años (1940-2015)*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2016, esp. pp. 53 y ss.

²² Los documentos y desarrollos del texto constitucional en 2019, a los que me referiré con frecuencia, pueden verse en mi libro *Seguridad y justicia penal. Plan Nacional y reforma constitucional. El difícil itinerario hacia un nuevo orden*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, 2019, pp. 143 y ss. Previamente, el IIJ publicó el opúsculo del mismo nombre en la colección Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional, México, 2019.

²³ El Derecho penal, cuya hipertrofia es propia del Estado totalitario, debe representar la “última ratio legis”. Maurach, Reinhart, *Tratado de Derecho penal*, trad. de Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ariel, 1962, t. I, pp. 31-32. El principio de intervención penal mínima “se ha colocado en el centro de la tensión entre Estado democrático y Estado social”. García Rivas, Nicolás, *El poder punitivo en el Estado democrático*, Cuenca, Universidad de Castilla La Mancha, 1996, pp. 31-32. Por lo que toca a México, Olga Islas señala “el uso extremo del que ha sido objeto el derecho penal. De ser un derecho penal cercano al mínimo se ha convertido en un derecho penal máximo. El legislador crea tipos penales, amplía los existentes y eleva, irracionalmente, las penas”. “Urgencia de un Código Penal Nacional”, en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal (coords.), *Desafíos en el panorama...*, cit., p. 144. Por supuesto, el minimalismo penal supone la recepción de las garantías previstas en el orden internacional. Cfr. González Macchi, José Ignacio, “La reforma del Código Penal en Paraguay

A esta orientación general de la justicia penal se ha referido la doctrina de raíz liberal y democrática, y a ella se ha sujetado nominalmente la reforma penal constitucional. La misma orientación consta en la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos²⁴. En el impulso y la valoración de estos procesos surge la opción por el “garantismo” que ampara el primado de los derechos humanos en la regulación penal, con la consecuente expansión de la tutela al individuo. Empero, como antes mencioné y adelante veremos, la justicia penal mínima se ha visto alterada y detenida a través de diversas reformas penales que ingresaron al orden jurídico mexicano en 2008, sin corrección oportuna en 2011, y han persistido y aumentado en años posteriores.

3. REDISEÑO DEL PROCEDIMIENTO

Por lo que toca al sistema procesal, es preciso advertir, como lo hizo el presidente de Chile al promover la reforma procesal penal, que “los sistemas de enjuiciamiento criminal son los más elocuentes indicadores del grado de respeto por los derechos humanos de las personas que existe en un ordenamiento estatal o, dicho de otro modo, que el autoritarismo se revela en la forma en que los poderes públicos encaran el reproche a las conductas desviadas o a las formas de comportamiento anómico”²⁵. Vale recordar aquí la expresión elocuente de un insigne jurista: “El Derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado”²⁶.

(1998)”, en Álvarez, Ricardo Carlos María *et. al.*, *Reforma penal y política criminal. La codificación en el Estado de Derecho*, Buenos Aires, EDIAR, 2007, p. 42

²⁴ Así lo ha manifestado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en varias resoluciones sobre casos contenciosos, por ejemplo *Kimel vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 2 de mayo de 2008, párr. 77, y *Usón Ramírez vs. Venezuela*, Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 20 de noviembre de 2009, párr. 73. Esta toma de posición informa los criterios adoptados por el Tribunal de San José acerca de la racionalidad, la proporcionalidad, la pertinencia y la moderación de los instrumentos penales, así como su rechazo al Derecho material de orientación autoritaria, que comento en mi *Panorama de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos*, 2ª. ed., México, UNAM, Facultad de Derecho-Porrúa, 2020, p. 59. Para una revisión de esta materia, cfr. los estudios incorporados en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), *Criterios y jurisprudencia interamericana de derechos humanos: influencia y repercusión en la justicia penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-PGJDF, Instituto de Formación Profesional, México, 2014.

²⁵ “Mensaje del Ejecutivo”, en *Código Procesal Penal*, Santiago, Edición Oficial, Ed. Jurídica Chilena, 2003, p. 12.

²⁶ Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, 25ª. ed., trad. de Gabriel E. Códoba y Daniel R. Pastor, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2000, p. 10. La normativa constitucional ha incorporado frecuentes novedades en el procedimiento penal, que algunos tratadistas ubican en el catálogo de los “nuevos derechos humanos” recogidos en la normativa suprema. Cfr. Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 5ª. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, 2007, pp.459 y ss.

En las últimas décadas hemos presenciado un gran proceso internacional de reforma que pretende alojar en este espacio fórmulas de mayor justicia y arraigar el imperio de los derechos humanos en el ámbito sombrío de la lucha contra el crimen, la investigación de los delitos y el enjuiciamiento de sus autores. Esta reforma procesal, que ha prosperado en Europa, avanzó con fuerza en varios países de América Latina, aunque no sea posible ni razonable emitir un juicio generalizador y terminante sobre sus bondades²⁷. Asimismo, han adquirido notable presencia las alternativas al proceso, que son el verdadero signo distintivo de la reforma procesal en México, a partir del peldaño constitucional.

Hoy día se requiere una nueva mirada sobre el sistema adoptado por la Constitución, “tomando en cuenta tanto la eficacia verdadera de las soluciones procesales planteadas —a la luz de las circunstancias y las experiencias reunidas hasta ahora— como la inclusión de figuras regresivas, incompatibles con el marco democrático, e incluso incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos, adoptado claramente por la propia Constitución a través de las reformas de 2011”²⁸.

La reforma del procedimiento penal en sede constitucional, con sus derivaciones secundarias, es una de las consecuencias más notorias de la “democratización” política en América Latina, de la marcha procesal en otros países —especialmente, Estados Unidos²⁹—, que ha inspirado o impulsado algunos pasos en los nuestros, y de las tendencias modernizadoras provenientes del desenvolvimiento de la doctrina del proceso³⁰. Este hecho se ha reconocido enfáticamente en los documentos promotores o receptores de las reformas, que repercuten en el reconocimiento y la garantía de los derechos humanos. Tales derechos, que han tenido presencia, con diversos perfiles,

²⁷ Cfr. Binder, Alberto, “Avances y problemas del sistema acusatorio en América Latina”, en Varios, *XXIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Panamá, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal-Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, 2014, p. 169. Sobre las etapas de esta reforma, cfr., entre otros autores, Witker, Jorge, *La administración y gestión de tribunales: experiencias comparadas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-PGJDF, Instituto de Formación Profesional, 2013, pp. 17 y 39-40. Igualmente, cfr. CEJA-KAS, *La justicia penal adversarial en América Latina*, en biblioteca.cejamericas.org. También, la evaluación que formula Silva Meza, en *Sistema penal...*, cit., pp. 88 y ss.

²⁸ *Elementos para la construcción de una política de Estado...*, cit., p. 27.

²⁹ Es aleccionadora la expresión de Gómez-Colomer, siguiendo a Schünemann: “parece como si el modelo de enjuiciamiento criminal de los Estados Unidos de América se hubiera instaurado en un desfile militar y marchara triunfalmente (...) arrollando cualquier otra iniciativa” “Prólogo” a Moreno Hernández, Moisés y Ontiveros, Miguel, (coords.), *Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales*, México, CEPOLCRIM-AMPEC-UBIJUS, 2015, pp. 18-19.

³⁰ Sobre este último extremo, es preciso considerar las aportaciones de la doctrina iberoamericana cifradas en el ordenamiento procesal penal modelo. Cfr. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, *Código procesal penal modelo para Iberoamérica. Historia, antecedentes, exposición de motivos y texto del proyecto*, Buenos Aires, Hammurabi, 1989.

en todos los procesos de reforma, son el “mascarón de proa” de los avances, pero también se han visto afectados por los retrocesos.

El rediseño del procedimiento penal ha pasado por el debate entre las corrientes inquisitiva y acusatoria del enjuiciamiento, que se ha puesto de relieve en los procesos de reforma constitucional y secundaria en México. En el encuentro entre esas corrientes se carga o se retira el acento sobre el conjunto de los derechos reconocidos a los participantes en el proceso y los poderes atribuidos a las instancias públicas que intervienen en este campo. Todo ello incide, obviamente, en la normativa de los derechos humanos. Se dijo con énfasis que el sistema penal mexicano se hallaba dominado por la corriente inquisitiva, adversa a los derechos y las garantías del imputado. Salieron al paso algunas rectificaciones, sea recordando que el texto constitucional de 1917 —en sus términos estrictos— había optado por el sistema acusatorio³¹, sea destacando la prevalencia del orden mixto, con énfasis diverso³².

La amplia reforma de 2008 proclamó la adopción del sistema acusatorio y redefinió la recepción constitucional de los derechos del imputado y el ofendido —o víctima—³³, siguiendo en este último punto los progresos aportados por giros constitucionales previos. Ahora bien, dicha reforma elevó al rango constitucional el desacierto traído por la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de 1996, a saber: la bifurcación del procedimiento penal (que finalmente sería “trifurcación”, si se considera además la privación de dominio, que adelante mencionaré)³⁴.

Tal bifurcación —o más precisamente, reconstrucción— del procedimiento constituye un nuevo orden que opera directamente sobre los derechos humanos en el ámbito penal, no apenas sobre extremos técnicos del enjuiciamiento: por una parte, un procedimiento ordinario para la generalidad de los casos; por la otra, un procedimiento específico, con derechos reducidos y garantías acotadas, para los (presuntos) responsables de determinados delitos. Es así que se reconsidera el conjunto de los derechos humanos en materia penal, a través de una versión del

³¹ En este sentido, cfr. Islas, Olga y Ramírez, Elpidio, *El sistema procesal penal en la Constitución*, México, Porrúa, 1979, pp. 39 y ss.

³² Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Panorama del Derecho mexicano. Síntesis del Derecho procesal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1966, p. 230.

³³ La redefinición de los derechos y el papel de la víctima constituyen un signo descollante —recogido en el orden constitucional— del sistema procesal penal contemporáneo. Cfr., por ejemplo, Beristáin, Antonio, “Hoy y mañana de la justicia y la sociedad en México (Los derechos humanos y el combate a la delincuencia)”, en Varios, *La justicia mexicana hacia el siglo XXI*, México, UNAM, 1997, p. 489, y Maier, Julio, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2004, t. I, p. 374.

³⁴ En varias obras he comentado esta alteración profunda del sistema procesal, que incide en el régimen de los derechos humanos: así, *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, 5ª. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, 2005, pp. 94 y ss., y *La reforma penal constitucional...*, cit., pp. 50 y ss.

llamado Derecho penal del enemigo destinado a la neutralización de sujetos peligrosos que “se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho”³⁵.

El desbordamiento que implica el derecho penal del enemigo queda de manifiesto cuando la norma penal sanciona actos anteriores a la materialización del propósito criminal de los asociados en el supuesto de delincuencia organizada, como ocurrió en México bajo la legislación especial de la materia, en 1996³⁶. Diré desde ahora, a reserva de las precisiones que figuran *infra*, que esta reconsideración de los derechos humanos sube de punto a través de las modificaciones en materia de medidas cautelares y extinción de dominio.

Varias redefiniciones acogidas en 2008 y conservadas en años posteriores aportaron algunas de las mayores novedades plausibles de la reforma procesal penal. Las voces prevalecientes en la doctrina dominante y en el discurso político se han pronunciado en favor del sistema acusatorio entronizado en aquella fecha. Empero, el examen serio y acucioso del procedimiento obliga a destacar, como efectivamente se ha hecho, tanto los aciertos como las sombras de ese sistema —en alguna de sus vertientes—; así, la denominada adversarial³⁷, siempre sin mengua de sus luces, acentuadas por los analistas del sistema. En todo caso, el debate no ha concluido³⁸.

³⁵ Jakobs, Günther y Cancio Melia, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, esp. pp. 19-47. Para una explicación y crítica de esta figura, cfr. Zaffaroni, E. Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, Madrid, Dyckinson, 2006. Impugnación del ingreso de esta corriente en el ordenamiento mexicano, en Guerrero Agripino, Luis Felipe, *La delincuencia organizada. Algunos aspectos penales, criminológicos y político-criminales*, 2ª. ed., México, Ubijus-Universidad de Guanajuato, 2012; Astrain Bañuelos, Leandro Eduardo, *El Derecho penal del enemigo en un Estado constitucional: especial referencia a México*, México, Marcial Pons, 2017, y Rojas Valdez, Eduardo, “El Derecho penal del enemigo: ¿condición o negación del Estado constitucional?”, *Criminalia*, año LXXXII-2, 2015.

³⁶ Cfr. mi punto de vista sobre esta indebida expansión del sistema penal, en *Delincuencia organizada...*, cit., pp. 108-110. Asimismo cfr., entre otros autores, Rivera Pineda, Arturo, “El derecho penal del enemigo y la seguridad pública”, en Varios, *Seguridad pública y derechos humanos*, Puebla, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 2014, pp. 394 y ss., y Castañón Amaro, Edmundo Ramsés, “La seguridad pública y el derecho penal del enemigo. ¿Podrá subsistir el Estado de Derecho frente a la globalización?”, en *ibidem*, pp. 65 y ss.

³⁷ Cfr. la crítica que formula Gómez-Colomer, “Prólogo” a Varios, *Comentarios al Código...*, cit., pp. 18-19. Para una crítica incisiva, que pone a la vista las graves deficiencias que entraña el sistema adversarial, cfr. Taruffo, Michele, que analiza este sistema ponderando su raíz ideológica, sus conexiones con el orden político-social en el que impera, sus manifestaciones e implicaciones desde diversas perspectivas y en varios extremos del enjuiciamiento civil y penal, en *Il processo civile ‘adversary’ nell’esperienza americana*, Padova, CEDAM, 1970, esp. pp. IX, 250 y 290-300, y *Simplymente la verdad. El juez y la reconstrucción de los hechos*, trad. de Daniela Accatino Scagliotti, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 126.

³⁸ Cfr. las apreciaciones de Díaz Aranda, Enrique, “¿Falla el proceso penal acusatorio?”, en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal (coords.), *Desafíos en el panorama...*, cit., pp. 61 y ss.

En esa deliberación y en la polémica que aquí se agita figura una cuestión mayor: el signo genuino de la reforma procesal penal de 2008, mantenida en 2011 y en 2019. Se dice que la reforma ha transitado bajo las banderas del garantismo³⁹, el sistema acusatorio y los juicios orales, a los que se ha llamado “joya de la corona del sistema adversarial”⁴⁰. Ahora bien, la realidad contradice parcialmente esta reiterada opinión⁴¹. Es cierto que la reforma de 2008, que incorporó numerosas fórmulas plausibles, amplió el catálogo de los derechos básicos de los justiciables y dio pasos adelante en la organización del procedimiento bajo principios de corte liberal, pero también es verdad que retrajo algunos derechos y garantías del imputado. En el proceso de adopción de la reforma se elevaron voces que cuestionaban los “falsos garantismos”⁴². Este fue un eco del movimiento crítico en contra del llamado “hipergarantismo”⁴³, cuya impugnación puede engendrar un viraje hacia el “infragarantismo”, extremos en la consideración constitucional, secundaria y práctica de los derechos humanos. El tema ha sido transitado por la doctrina.

La más visible afectación de los derechos previamente reconocidos al imputado, fue la posible intervención penal cuando aún no se cuenta con elementos que sustenten esa temprana e intensa injerencia en el espacio de la libertad. En el dictamen de los diputados sobre la reforma constitucional de 2008 —documento de importancia capital para establecer los rasgos distintivos de aquella⁴⁴— se alude abiertamente a

³⁹ Que es preciso entender con profundidad: no es apenas legalismo, sino “tutela de los derechos fundamentales: los cuales (...) representan los valores, los bienes y los intereses, materiales y prepolíticos, que fundan y justifican la existencia de aquellos ‘artificios’ —como los llamó Hobbes— que son el derecho y el estado, cuyo disfrute por parte de todos constituye la base sustancial de la democracia”. Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 29.

⁴⁰ Jimeno Bulnes, Mar, “El proceso penal en los sistemas del Common Law y Civil Law: los modelos acusatorio e inquisitivo en pleno siglo XXI”, en Reyna Alfaro, Luis Miguel, Cuarezma Terán, Sergio y Uribe Manríquez, Alfredo René (coords.), *El proceso penal en Iberoamérica. Visiones comparadas*, México, Flores, 2016, p. 75.

⁴¹ Cfr. Zamora Pierce, Jesús, *Juicio oral. Utopía y realidad*, México, Porrúa, 2011, pp. 39-40. Este autor señala con ironía: el nuevo proceso, que reviste muchas bondades, “tiene un único defecto: no tiene capacidad para resolver todos los casos que se presentan ante los tribunales”. *Ibidem*, p. 46.

⁴² Hubo varias iniciativas consideradas en el proceso de reforma de 2007-2008. En una de éstas se anunció la necesidad de evitar “falsos garantismos” y abandonar lo que se denominó una “epistemología muy ingenua”, aunque el mismo documento propuso “migrar hacia un modelo garantista”. Reproduzco ahora mi comentario: “En la intención de algunos participantes en la reforma constitucional figuró la idea de excluir esos ‘falsos garantismos’, quizás para justificar el abandono de determinados derechos y garantías y adoptar ‘verdaderos garantismos’, aunque no se explicó cuál es la diferencia entre los falsos y los verdaderos. Quizás la aplicación de la reforma, en algunos extremos y por algunos intérpretes, nos permita establecer la diferencia sugerida por los autores de la reforma constitucional y, tal vez, añorar los garantismos, a pesar de que hubieran sido ‘falsos’”. *La reforma penal constitucional...*, *cit.*, p. 37.

⁴³ Sobre éste, con una visión crítica, cfr. Fairén Guillén, Víctor, *Teoría general del proceso penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, pp. 35-36.

⁴⁴ Incluyo ese dictamen en *La reforma penal constitucional...*, *cit.*, pp. 724.

la reducción de estándares probatorios procesales. Esta merma de derechos primarios se podría corregir —dijo el dictamen— ante el juzgador, que valorará, en su hora, el conjunto del material probatorio que sustente la sentencia⁴⁵. Pero no se tomó en cuenta que esta rectificación ante el tribunal operará al final del proceso, cuando el inculcado ha padecido las consecuencias de un procedimiento infundado, e incluso el rigor de una prisión preventiva carente de sustento.

Por otra parte, el nuevo orden procesal adoptado en 2008 introdujo la preferencia por las soluciones compositivas, consensuales, que han devenido la verdadera insignia del nuevo sistema⁴⁶, con todo lo que ello implica. Esta reorientación de la justicia penal —que tiene evidentes motivos prácticos y fue saludada con general beneplácito— deposita la solución del litigio en la voluntad de los sujetos de éste o sus representantes.

Es preciso tomar en cuenta, al lado de los argumentos favorecedores de la reorientación acogida en 2008⁴⁷, que el acuerdo de voluntades —de carácter vertical: poder público y sujetos de la relación penal material; u horizontal: víctima y victimario— no desemboca por fuerza en soluciones justicieras que satisfagan los derechos proclamados en el texto constitucional. Hay posibles o seguros desequilibrios entre quienes promueven y aceptan estos acuerdos⁴⁸. El fortalecimiento del

⁴⁵ Examino detalladamente este paso en falso del Poder Revisor de la Constitución, que confiesa paladinamente el retraimiento de derechos y garantías, en *La reforma penal constitucional...*, cit., pp. 29 y ss., y *El procedimiento penal...*, cit., pp. 377 y ss. En el “nuevo proceso —se afirma— resulta imposible mantener un nivel probatorio tan alto para solicitar la orden de captura”. *La reforma penal constitucional...*, cit., p. 34. Mi comentario: “Exigir pruebas suficientes, persuasivas, para el ejercicio de la acción penal y la solicitud de orden de captura —que no es un papel deleznable ni abre la puerta a un episodio menor en la vida de una persona— constituye una garantía preciosa para el individuo. Es la condición para que se le someta a las severas restricciones de libertades y derechos inherentes al proceso penal”. *Ibidem*, p. 37. Así se desemboca —en concepto de Díaz Aranda— en “un proceso penal acusatorio arbitrario y totalmente alejado del Estado social y de derecho”. “¿Falla el proceso...?”, cit., p. 70.

⁴⁶ Cfr. Moreno Hernández, Moisés, “Fortalezas y debilidades del Código Nacional de Procedimientos Penales (la lucha poco fructífera por un modelo procesal penal para México”, en Moreno Hernández, Moisés y Ontiveros, Miguel (coords.), *Comentarios al Código Nacional...*, cit., pp. 80-21 y 93; Azzolini Bincay, Alicia B., “Las salidas alternas al juicio en el Código Nacional de Procedimientos Penales”, en Varios, *El Código Nacional...*, cit., pp. 150-151 y 172, y Huerta Pshias, Elías, “Justicia alternativa y el Código Nacional de Procedimientos Penales”, en Moreno Hernández, Moisés y Ontiveros, Miguel (coords.), *Comentarios al Código Nacional...*, cit., p. 187.

⁴⁷ Cfr. Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo, “Comentario”, en Benítez Tiburcio, Mariana y Laveaga, Gerardo (coords.), *Código Nacional de Procedimientos Penales comentado*, México, Programa Editorial del Gobierno de la República, 2015, pp. 190-191; Neuman, Elías, *La mediación penal y la justicia restaurativa*, México, Porrúa, 2005, p. 62; y Mill, Rita, *Mediación penal*, Santa Fé, Rubinzal Culzoni, 2013, pp. 203 y ss., donde se alude a esta figura en Argentina y México.

⁴⁸ Cfr. el juicio de Moreno Hernández, quien se refiere al riesgo de que estos “acuerdos” se conviertan en una “fuente más de extorsión y corrupción”; se “compra la renuncia al juicio oral a cambio de

Ministerio Público no trae consigo, necesariamente, el verdadero reconocimiento del derecho de acceso a la justicia (material) por parte del inculcado o de la víctima del delito.

Bajo el imperio de aquellas soluciones compositivas, ampliamente cuestionadas —desde siempre— por un importante sector de la doctrina⁴⁹, puede padecer la justicia y sufrir menoscabo tanto el derecho del imputado como el derecho de la víctima. Por ello afirmamos, *supra*, que el debate no ha concluido ni podría cesar mientras no contemos con una experiencia suficientemente acreditada que haga luz sobre todos los extremos en juego. Estamos lejos de haber llegado a ese punto, aunque ya se cuente con estadísticas frecuentes que exponen los términos cuantitativos del nuevo régimen, pero no siempre sus méritos cualitativos. En éstos reside la genuina observancia de los derechos humanos: a la cabeza, el acceso material a la justicia⁵⁰.

Otro punto que interesa convocar aquí, por las implicaciones que tiene sobre la vigencia efectiva de los derechos humanos —y no sólo sobre la distribución de facultades en el sistema jurídico político del Estado— es la concentración o la dispersión del ordenamiento penal en el marco de la república federal, con sus varias consecuencias⁵¹, marco modificado por la aparición de las leyes generales en el ámbito penal —entre otros—, que altera las competencias y, por ende, las relaciones

una rebaja de la pena". "Algunos aspectos cuestionables del CNPP frente a los objetivos de la justicia material", en Moreno Hernández, Moisés y Ontiveros, Miguel, (coords.), *El Código Nacional...*, cit., p. 104. Con respecto al *plea bargaining*, Zaffaroni condena el "regateo, más pudorosamente traducido como negociación"; se "convierte en una fuente de extorsión que reemplaza a la tortura". *El proceso penal. Sistema penal y derechos humanos*, México, Secretaría de Gobernación-ILANUD-Comisión Europea-Porrúa, 2000, pp. 14-15.

⁴⁹ Así, por ejemplo, Calamandrei, Piero, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Conrado Finzi y Niceto Alcalá-Zamora, Buenos Aires, EJE, 1969, p. 275; Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*, 3ª. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, p. 78; y Delmas-Marty, Mireille, *Procesos penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia)*, trad. de Pablo Morenilla, Zaragoza, EIJUS, 2000, p. 55. Jesús Zamora Pierce comenta: "El concepto mismo de negociación entre el Ministerio Público y el inculcado es un absurdo. El Leviatán no negocia con sus súbditos. Les impone su voluntad". *El procedimiento abreviado*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2014, p. 38.

⁵⁰ Véase una apreciación cautelosa y racional acerca de las alternativas de resolución pacífica de conflictos, con apoyo a estas opciones y reflexión sobre sus aplicaciones y orientaciones, en Varios, *Elementos para la construcción de una política de Estado...*, cit., pp. 23-24.

⁵¹ Hay una amplísima bibliografía sobre esta cuestión. Por todos, cfr. Islas de González Mariscal, Olga, "La unificación de la legislación penal", en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga, *Evolución del sistema penal en México. Tres cuartos de siglo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2017, pp. 61 y ss.; y "Urgencia de un Código...", cit., pp. 133 y ss.

entre el individuo y el poder público⁵². Este asunto, que arraiga en las reflexiones y las prácticas del federalismo mexicano y que ha determinado reformas de gran calado a la Constitución, no es un punto ajeno a los derechos del individuo: éstos pueden quedar al garete bajo la dispersión que prevaleció (y persiste en el orden sustantivo). Las soluciones heterogéneas y los foros de conveniencia no son el mejor escenario para el respeto y la garantía de los derechos humanos.

Tras muchas vicisitudes se ha corregido y reencauzado la marcha en las materias procesal y ejecutiva⁵³, pero sigue pendiente llevarla a cabo en el ámbito en el que debió comenzar: el penal sustantivo. Persiste la heterogeneidad en el tratamiento de esta materia, que no corresponde a la recepción constitucional de los principios de igualdad ante la ley y proporcionalidad en la aplicación de las penas. Obviamente, la diversidad de normas sobre tipos penales y punibilidades, entre otros extremos, entraña riesgos o de plano lesiona derechos del individuo, expuesto a la incertidumbre, y desde luego vulnera, en el seno de una misma nación, el principio de igualdad ante la ley. Además, esa heterogeneidad normativa quebranta la regla de proporcionalidad estatuida en una Constitución que rige el país en su conjunto⁵⁴.

4. FUENTES POLÍTICO-NORMATIVAS DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 2019

Frente a la crisis de seguridad pública y justicia penal, recientemente se proclamó un Plan Nacional de Paz y Seguridad, proyectado sobre el periodo 2018-2024⁵⁵. La reorientación de los temas que ahora nos interesan figura en ese Plan y en sus deriva-

⁵² Sobre el movimiento constitucional en esta materia, muy intenso en los últimos años, y su tratamiento en la jurisprudencia, cfr. un panorama en Esparza Martínez, Bernardino, *Derechos fundamentales. Jurisprudencia constitucional penal*, México, INACIPE, 2013, esp. pp. 158 y ss.

⁵³ Sobre la reforma constitucional que unificó, bajo las atribuciones del Congreso de la Unión, la legislación procesal penal y trajo consigo la emisión del Código Nacional de Procedimientos Penales, cfr. mi comentario en *El procedimiento penal...*, cit., pp. 53 y ss., y 75 y ss. El examen del CNPP ha atraído a numerosos autores y generado una copiosa bibliografía, en la que figura, entre otros títulos, la obra colectiva coordinada por Arely Gómez González, *Reforma penal 2008-2016. El sistema penal acusatorio en México*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2016.

⁵⁴ “Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado (artículo 22, primer párrafo, in fine). La dispersión legislativa acarrea posibles interpretaciones diversas. Una de ellas, que no comparto, entendería que la igualdad ante la ley y la proporcionalidad deben entenderse solamente a la luz de la normativa local, de lo cual se desprendería una treintena de conceptos sobre delito y bien jurídico. Otra, que sostengo, supone que en un solo país debe existir una misma definición de los hechos criminales, de alcance general, y un criterio común acerca de los bienes protegidos. ¿O sería razonable entender —como hasta ahora— que cada legislador puede diseñar discrecionalmente la configuración de los tipos delictuosos y la recepción en éstos de bienes jurídicos tutelados?”

⁵⁵ Lo incluyo en *Seguridad y justicia penal...*, cit., pp. 143 y ss.

ciones inmediatas, de las que me ocupo en este artículo atendiendo a sus repercusiones sobre el régimen de los derechos humanos. Tales derivaciones se localizan en el “Plan Nacional de Desarrollo 2018-2024”⁵⁶ y en la denominada “Estrategia Nacional de Seguridad Pública”⁵⁷, así como en las reformas constitucionales emprendidas en el mismo año 2018 y proseguidas en 2019.

El Plan Nacional de Paz y Seguridad de 2018, que ha conducido las novedades constitucionales —y las legales e institucionales— en materia penal a partir de 2019, pone el acento en el “pleno respeto y promoción de los derechos humanos”. En esta dirección, reprueba las violaciones a tales derechos consumadas bajo una política de seguridad pública que cayó en la “tentación de restablecer la legalidad con métodos violatorios de los derechos humanos”, tentación a la que se califica —con razón— como “absurda, moralmente inaceptable y contraproducente”. Así las cosas, el Plan denuncia la impunidad prevaleciente (impunidad que es factor de violación de derechos y que por ello ha preocupado a la jurisprudencia interamericana de los derechos humanos) reclama el cumplimiento de las recomendaciones formuladas por las Comisiones de Derechos Humanos y propicia la revisión de la normativa penal⁵⁸. Sin embargo, la impunidad persiste y abundan las violaciones a los derechos humanos.

El referido Plan Nacional de Desarrollo no aportó novedades al horizonte trazado por el Plan Nacional de Paz y Seguridad. Mayor detalle proveería el referido documento “Estrategia Nacional de Seguridad Pública del Gobierno de la República”, planteado por el Ejecutivo y aprobado por la Cámara de Senadores. La estrategia contiene diversas alusiones, explícitas o implícitas, al imperio de los derechos humanos y las condiciones de vida y justicia que lo favorecen. Adelante me ocuparé en describir y analizar algunos productos de estos instrumentos político-jurídicos, cuya concreción en el plano de las reformas constitucionales ha traído consigo afectaciones y retrocesos en materia de derechos humanos.

En seguida pasaré revista específicamente a las reformas constitucionales fincadas en 2008 y desarrolladas con gran acento después de 2011. Todas inciden en el dominio de los derechos humanos y entran en tensión o en franca colisión con la ideología liberal y garantista de la reforma de 2011.

⁵⁶ Se puede consultar la porción correspondiente a seguridad y justicia penal en García Ramírez, *Seguridad y justicia...*, cit., pp. 163 y ss.

⁵⁷ Este documento, del 1º de febrero de 2019, aprobado por la Cámara de Senadores el 25 de abril y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 16 de mayo, consta de dos partes: en la primera figuran los “Objetivos”, y en la segunda, las “Estrategias específicas”, que son la porción más vinculada con el tema de este artículo. Esas estrategias específicas se hallan en *ibidem*, p. 171.

⁵⁸ “Plan Nacional...”, en García Ramírez, *Seguridad y justicia...*, cit. pp. 147-148. La “delincuencia desenfrenada” y la impunidad han “deprimido nuestro Estado de derecho y ha(n) mellado la convivencia civilizada”; la impunidad “viola constantemente un derecho humano básico: el derecho a una procuración de justicia recta, pronta y eficaz”, así como el derecho de las víctimas y del conjunto de la sociedad. De la Barreda Solórzano, Luis, “El escándalo de la impunidad”, en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal (coords.), *Desafíos en el panorama...*, cit., p. 244.

5. FEDERALIZACIÓN Y MILITARIZACIÓN DE LA SEGURIDAD PÚBLICA

Entre los puntos descollantes de la iniciativa del 20 de noviembre de 2018, primordial para el conjunto de las reformas publicadas en 2019⁵⁹, figuró la exaltación de las potestades federales en materia de seguridad pública, a costa de la participación de las instancias locales, lo cual implica un paso en la “federalización” de la seguridad pública —inconsecuente con el régimen constitucional general sobre esta materia—, avance impugnado por las autoridades estatales y municipales que concurrieron al proceso de reforma. Asimismo, destacó la participación de las Fuerzas Armadas en este ámbito y la creación de un nuevo órgano que releva a la Policía Federal y se integra con fuerte presencia militar: la Guardia Nacional. El Plan Nacional al que me he referido *supra* propuso “repensar la seguridad nacional y reorientar a las Fuerzas Armadas”. Esta reorientación cobró vuelo en la citada iniciativa de reforma a varios preceptos constitucionales⁶⁰.

La militarización de la seguridad pública ha avanzado largamente, pese a las recomendaciones provenientes de diversas instancias, que insisten en el necesario deslinde entre las funciones militar y policial⁶¹, y a la oposición de los defensores de los derechos humanos, cuyas resistencias quedaron a la vista en el proceso mismo de la reforma constitucional. Ésta acentúa notoriamente la militarización de la seguridad, incluso a través de la explícita autorización al Ejecutivo para emplear a las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad pública⁶². Diversos ordenamientos

⁵⁹ La iniciativa planteada por el Grupo Parlamentario del partido Morena en la Cámara de Diputados, propuso y obtuvo —con diversas modificaciones incorporadas en la tramitación parlamentaria, tanto en Cámara de Diputados como en Cámara de Senadores— la reforma de los artículos 13, 16, 21, 31, 32, 36, 55, 73, 76, 78, 82, 89 y 123 de la Constitución General de la República. Véanse los documentos principales de esta reforma en mi libro *Seguridad y justicia...*, cit., pp. 193 y ss.

⁶⁰ En diversas publicaciones analizo y cuestiono esta medida, que altera la orientación civil o civilista de la función policial. Cfr. *Ibidem...*, pp. 73 y ss., y *Sistema penal...*, cit., pp. 19 y ss.

⁶¹ En 2011, por ejemplo, cuando se trabajaba en la reforma constitucional sobre derechos humanos y sus implicaciones, se estableció la necesidad de “diseñar un plan para el regreso de las fuerzas armadas a las funciones que le son naturales tan pronto como sea posible”. *Elementos para la construcción de una política de Estado...*, cit., p. 36.

⁶² Después de amplios debates en los que participaron los integrantes de ambas Cámaras, autoridades estatales y municipales, representantes de organizaciones de la sociedad civil y académicos, se incluyó en el decreto de reforma un artículo quinto transitorio que dispone: “Durante los cinco años siguientes a la entrada en vigor del presente Decreto, en tanto la Guardia Nacional desarrolla su estructura, capacidades e implantación territorial, el Presidente de la República podrá disponer de la Fuerza Armada permanente en tareas de seguridad pública de manera extraordinaria, regulada, fiscalizada, subordinada y complementaria”. En el dictamen elaborado en la Cámara de Senadores el 19 de febrero de 2019 se indicó que la fórmula adoptada por la Constitución era compatible con los estándares internacionales en materia de derechos humanos, y específicamente con los criterios adoptados por la Corte Interamericana. Cfr. “Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos Segunda de la Cámara de Senadores, por el que se reforman

favorecen esta conversión que pone en riesgo la observancia de los derechos humanos⁶³.

Es importante señalar aquí que la jurisprudencia de la Corte Interamericana subraya las fronteras que median entre la función policial, esencialmente civil, y la función militar, fronteras relevantes para la observancia de los derechos humanos en el difícil espacio de la seguridad y la justicia⁶⁴.

6. RESTRICCIÓN CAUTELAR DE LA LIBERTAD

La adopción de medidas cautelares en el curso del procedimiento penal constituye otro tema de importancia superlativa en el ámbito sujeto a examen. De tiempo atrás se reconoce y acepta la necesidad de echar mano de medidas indispensables para asegurar los fines de la justicia aun antes de que se cuente con una decisión jurisdiccional firme sobre la existencia de hechos punibles y la responsabilidad de los imputados. La incertidumbre sobre estos extremos obliga a regular con gran cuidado aquellas medidas, tomando en cuenta la prevalencia de un derecho humano fundamental, que se resume como “presunción de inocencia” o “principio de inocencia”, y considerando igualmente la necesidad de preservar el proceso y asegurar la eficacia de la sentencia⁶⁵.

Entre las medidas cautelares figuran las restricciones al fundamental derecho a la libertad. Este tema aparece en la evolución del ordenamiento procesal mexicano a

los artículos 13, 16, 21, 31, 36, 73, 76, 78 y 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, en *Seguridad y justicia...*, cit., pp. 271 y ss.

⁶³ La normativa que permite la presencia de las Fuerzas Armadas en las calles profundizó el desorden legislativo y la “contradicción en la que actualmente estamos viviendo”, opina Ernesto Enríquez Rubio, “¿Tenemos un Plan Nacional de Paz y Seguridad?”, en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal (coords.), *Desafíos en el panorama...*, cit., p. 91.

⁶⁴ Cfr. Corte IDH, *Caso Alvarado Espinoza y otros vs. México*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2018, párrs. 177 y ss. El Ejecutivo ha mencionado el sustento que esta expansión tiene —como en efecto la tiene— en disposiciones constitucionales, y ha sostenido, erróneamente, que la ampliación de la presencia castrense en este ámbito se ciñe a los criterios establecidos al respecto por el Tribunal de San José. Al respecto, es elocuente e inquietante el “Acuerdo por el que se dispone de la Fuerza Armada permanente para llevar a cabo tareas de seguridad pública de manera extraordinaria, regulada, fiscalizada, subordinada y complementaria”, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de mayo de 2020; y mi inmediato comentario “Un error, Presidente”, en el diario *El Universal*, del 16 de mayo de 2020.

⁶⁵ Al respecto, se mantiene el criterio restrictivo sobre estas medidas, sustentado en la obra clásica de Piero Calamandrei, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, esp. pp. 34 y ss. Cfr., asimismo, De Araujo Cintra, Antonio Carlos et. al., *Teoría general del proceso*, 18ª. ed., Sao Paulo, Malherros Editores, 2002, p. 317.

nivel constitucional⁶⁶, y se ha reflejado intensamente en la regulación del arraigo, la prisión preventiva y la libertad provisional, libertad que debiera ser un dato característico del sistema acusatorio. La corriente que domina en esta materia admite el uso excepcional de la restricción de la libertad cuando ese menoscabo resulte verdaderamente necesario para evitar que el imputado se sustraiga a la justicia o impida la marcha del proceso. En este sentido se ha pronunciado explícitamente la jurisprudencia interamericana⁶⁷. La normativa constitucional mexicana entra en pugna con estos criterios jurisdiccionales internacionales sobre derechos humanos⁶⁸. La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha definido los caracteres admisibles de la prisión preventiva en un Estado de Derecho: legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad⁶⁹, que ciertamente no prevalecen en nuestra normativa constitucional.

La reforma constitucional de 2008 alojó en la ley suprema dos modalidades de prisión preventiva: la que cabe llamar ponderada, sujeta a valoración tanto del Ministerio Público —solicitante de la medida cautelar— como del juzgador —que la autoriza—, y la calificada como necesaria, forzosa u oficiosa, que se aplica *ope legis* en determinados supuestos, sustraídos a la calificación del órgano acusador y del

⁶⁶ Las especificidades de la cautelar en materia penal derivan “fundamentalmente de la relevancia constitucional que presentan determinadas medidas de carácter personal cuando inciden en derechos fundamentales, del principio de oficialidad y de la necesaria presencia del acusado en el juicio”. Armenta Deu, Teresa, *Lecciones de Derecho procesal penal*, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 195.

⁶⁷ Cfr. CorteIDH, casos *Tibi vs. Ecuador*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 7 de septiembre de 2004, párr. 180; *Palamara Iribarne vs. Chile*, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia del 22 de noviembre de 2005, párr. 206; *López Álvarez vs. Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 1 de febrero de 2006, párrs. 68-69; *Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador*, Excepciones preliminares, Reparaciones, Fondo y Costas, Sentencia del 21 de noviembre de 2007, párrs. 91 y 193; *Servellón García y otros vs. Honduras*, Sentencia del 21 de septiembre de 2006, párr. 90; *Barreto Leiva vs. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 17 de noviembre de 2009, párrs. 111 y 121; *Caso Montesinos Mejía vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de enero de 2020, párr. 136; y *Caso Jenkins vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2019, párr.72. Sobre esta materia, cfr. Bigliani, Paola y Bovino, Alberto, *Encarcelamiento preventivo y estándares del Sistema Interamericano*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2008, pp. 35-36. Desde luego, en la jurisprudencia interamericana figura también el examen de las medidas cautelares correspondientes al sistema regional de defensa de los derechos humanos, que posee diversos rasgos diferentes de las medidas aplicables en un proceso penal. En la bibliografía más reciente sobre este tema, véase Betanzos Torres, Eber Omar y Franco Rodríguez, María José, *Estado actual del sistema interamericano de derechos humanos. Las medidas cautelares*, México, Tirant lo Blanch, 2020.

⁶⁸ Cfr. Gómez Pérez, Mara, “La prisión preventiva en el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales”, en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga, *El Código Nacional de Procedimientos Penales. Estudios*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, pp. 263-266.

⁶⁹ Bigliani y Bovino se refieren a estos principios como “estándares consolidados”, fijados por la CorteIDH en la sentencia del caso *López Álvarez*. Cfr. *Encarcelamiento preventivo...*, cit., pp. 20 y ss. Por supuesto, coincidí con el parecer de la Corte en mi voto particular sobre ese caso. Cfr. *Votos particulares en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y reflexiones sobre el control de convencionalidad*, 2ª. ed., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, pp. 380-382.

propio tribunal. Es notoria la contradicción que existe entre esta modalidad imperiosa de prisión preventiva y los principios inherentes al proceso penal de orientación liberal y al reconocimiento y la tutela eficaz de los derechos humanos⁷⁰.

La errónea medida cautelar adoptada en 2008 se extremó en la reforma constitucional de 2019⁷¹. En ésta se aludió expresamente al Derecho penal del enemigo⁷², que ha ganado territorios en las reformas penales constitucionales a partir de 2008, con el ominoso antecedente de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de 1996.

Lejos de corregir el rumbo adoptado en 2008, la reforma de 2019 amplió el número de hipótesis para la aplicación de la prisión preventiva oficiosa. Ésta queda francamente desvinculada de las condiciones del proceso en el que se aplica y del individuo cuya libertad se restringe, y pasa a constituir un instrumento de política criminal para prevenir delitos y sancionar —anticipadamente, se entiende— a los imputados por delitos graves o a quienes incurren en conductas que merecen una enérgica actuación preventiva por parte del Estado. La preventiva oficiosa difiere de la razonada o ponderada, en la medida en que reduce o suprime facultades del órgano de acusación y, sobre todo, del órgano jurisdiccional. Se crea un peligro manifiesto: el uso de la vía judicial para oprimir o menoscabar derechos individuales: mal manejo del sistema procesal, con reducción de los derechos fundamentales de esta vertiente⁷³.

Debía llegar —y en efecto llegó— la normativa penal reglamentaria del precepto constitucional para establecer con detalle el régimen de aplicación de la preventiva oficiosa. Estas disposiciones, que atañen a diversos ordenamientos⁷⁴, aluden a los

⁷⁰ Cfr. mi invariable crítica a esta errónea formulación constitucional que contraviene derechos humanos, en *La reforma penal constitucional...*, cit., pp. 99 y ss.; *El procedimiento penal...*, cit., pp. 597 y ss.; *Seguridad y justicia...*, cit., pp. 123 y ss.; y *Sistema penal...*, cit., pp. 24 y ss.

⁷¹ Los dictámenes y resoluciones conducente a esta expansión del desierto figuran en *Seguridad y justicia...*, cit., pp. 309 y ss., a partir del Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos Segunda de la Cámara de Senadores, por el que se reforma el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del 6 de diciembre de 2018. Cfr. mi comentario en *ibidem*, pp. 123 y ss.

⁷² En el citado dictamen senatorial del 6 de diciembre de 2018, las comisiones que lo suscribieron citaron extensamente la doctrina de Jakobs para justificar la reforma constitucional. Cfr. "Dictamen...", en *Seguridad y justicia...*, cit., pp. 3112-312.

⁷³ Sobre este punto, en general, cfr. Natarén Nandayapa, Carlos, *La tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006, pp. 12-13.

⁷⁴ Siguiendo las estipulaciones del artículo 19 constitucional, el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de febrero de 2021 reforma o adiciona disposiciones del Código Nacional de Procedimientos Penales (artículo 167, disposición básica en esta materia), la Ley General en Materia de Delitos Electorales, la Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas, la Ley Federal para Prevenir y Sancionar los Delitos cometidos en Materia de Hidrocarburos, la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, el Código Penal Federal, la Ley General de Salud, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada y la Ley de Vías Generales de Comunicación.

tipos penales contemplados en el artículo 19 constitucional. En varios casos, las caracterizaciones de esos supuestos son excesivamente vagas o amplias, en forma que permite al legislador incluir bajo los correspondientes epígrafes, a discreción, numerosas conductas cuya supuesta comisión trae consigo la privación cautelar de libertad. El problema proviene de la regulación constitucional y se agrava en la normativa reglamentaria.

El arraigo es una de las figuras más cuestionadas del procedimiento penal. No me refiero, por supuesto, a la antigua medida del arraigo que impide el traslado de una persona fuera del territorio en el que se lleva a cabo un juicio en el que aquélla debe participar. Aludo a la institución aberrante propiciada por la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que favoreció la privación cautelar de la libertad en un lugar de detención antes de que el Ministerio Público ejerza la acción penal. Esta forma anómala de prisión preventiva que se utiliza en pleno período de investigación ante el Ministerio Público, ha sido objeto de numerosas impugnaciones. Su incorporación a la ley secundaria, con flagrante quebranto de la Constitución, fue “purgado” con el método más reproble: incluir el arraigo en la Constitución⁷⁵.

7. PRIVACIÓN DE DOMINIO

Otra reforma constitucional cimentada en 2008, que ha subsistido después de 2011, se refirió a la denominada extinción de dominio⁷⁶. En este caso, que entraña una nueva afectación a derechos humanos (inclusive de personas ajenas a un procedimiento penal) se invocó la necesidad, ciertamente inobjetable, de privar a los delincuentes de los medios para la comisión de delitos o de los rendimientos de su conducta ilícita. Anteriormente, este designio preventivo, con implicaciones punitivas, se había atendido a través de medidas cautelares y sanciones penales, a saber: aseguramiento de recursos y decomiso, que son supuestos compatibles con los límites al derecho humano a la propiedad.

Para la fundamentación de la medida se aportó un extraño argumento convertido en norma constitucional: la privación o extinción de dominio no constituye una medida penal ni se desarrolla a través de un procedimiento de esta naturaleza, pese

⁷⁵ Analizo esta figura en *La reforma penal constitucional...*, cit., pp. 71 y ss., y *El procedimiento penal...*, cit., pp. 612. En 2011 se recomendó “revisar a fondo las disposiciones y prácticas en materia de medidas cautelares en el procedimiento penal —entre ellas, pero no exclusivamente, el llamado ‘arraigo’— a la luz de las garantías que otorga, en lo general, el sistema legal mexicano, lo dispuesto por el régimen internacional en materia de derechos humanos”. Varios, *Elementos para la construcción de una política de Estado...*, cit., p. 37.

⁷⁶ La nueva versión de esta figura provino de la iniciativa de un diputado, presentada el 30 de marzo de 2017 y dictaminada el 28 de abril. En la etapa de reformas a la que me estoy refiriendo en este trabajo se agregaron nuevos dictámenes de la Cámara de Senadores y de la Cámara de Diputados, documentos que igualmente se recogen en *Seguridad y justicia...*, cit., pp. 377 y ss.

a que todos los supuestos de extinción tienen carácter delictuoso⁷⁷. Por lo tanto, las garantías del procedimiento penal —garantías asociadas a la tutela de derechos humanos— no son aplicables cuando se trata de la extinción de dominio. Antes mencioné que la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada “bifurcó” el sistema penal mexicano, abriendo una vertiente nueva al lado de la tradicional y ordinaria, apertura que acogió con diligencia la reforma constitucional de 2008: la relativa a delincuencia organizada y a otros sujetos que requieran “medidas especiales de seguridad”. Ahora bien, en realidad ha operado una “trifurcación” del procedimiento desde el peldaño constitucional, en la medida en que hoy existe, a despecho de los derechos básicos del imputado (o afectado por medidas de injerencia en su espacio de libertad) un tercer procedimiento de raíz y consecuencias penales (aunque no se le reconozca naturaleza penal), que es el conducente a la privación o extinción de dominio⁷⁸.

La reforma constitucional de 2019 mantuvo la evidente afectación irregular del derecho humano al respeto y la garantía del patrimonio, y además insistió en la inversión de la carga de la prueba acerca del origen de los bienes: no será el Estado quien compruebe el origen ilícito, sino el sujeto afectado, que deberá acreditar la legitimidad de ese origen. Agreguemos que la reforma de 2019 amplió considerablemente el catálogo de las hipótesis en que resulta aplicable la extinción de dominio⁷⁹.

8. OTROS EXTREMOS EN EL MARCO CONSTITUCIONAL Y SUS DERIVACIONES

Me he ocupado de algunos extremos (no todos, cuyo examen requeriría un estudio más extenso) del sistema constitucional sobre derechos humanos en materia penal, recogidos en la reforma de 2008, intocados por la de 2011 —que debió influir en la reconsideración de las afectaciones a derechos humanos— y extremados por los cambios de 2019. La brevedad de este panorama me impide analizar otros cambios, entre ellos los incorporados en la normativa sobre adolescentes en conflicto con la ley penal, escenario de regresiones, y lo que aquella implica en relación con los derechos humanos de estos sujetos. Se supuso —hace más de un siglo— que estos infractores habían salido para siempre del Derecho penal⁸⁰, lo que de ninguna

⁷⁷ A saber, en los términos del penúltimo párrafo del artículo 22 constitucional, “investigaciones derivadas de hechos de corrupción, encubrimiento, delitos cometidos por servidores públicos, delincuencia organizada, robo de vehículos, recursos de procedencia ilícita, delitos contra la salud, secuestro, extorsión, trata de personas y delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos y petroquímicos”.

⁷⁸ Cfr. mi observación al respecto, en *Sistema penal...*, cit., pp. 47-48.

⁷⁹ Cfr. el comentario que he reiterado desde la aparición de esta figura en el orden constitucional, en *La reforma constitucional...*, cit., pp. 196 y ss.; *Seguridad y justicia...*, cit., pp. 131 y ss.; y *Sistema penal...*, cit., pp. 41 y ss.

⁸⁰ Cfr. Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito*, 2ª. ed., Buenos Aires, Ed. Hermes, 1954, p. 336.

manera implica retirarles la consideración de titulares de derechos y someterlos a la condición de objetos de protección. Aquí han entrado en colisión —sin insuperables razones de fondo— las corrientes denominadas “tutelar” y “garantista”⁸¹. Hasta hoy, ha anidado en la Constitución una corriente “repenalizadora” de los menores de edad, merced a reformas de 2005 y 2015⁸².

9. APORTACIONES DE LA REFORMA DE 2011 AL SISTEMA PENAL CONSTITUCIONAL

La reforma constitucional de 2011, cuya primera década estamos celebrando, alcanzó diversos temas de derechos humanos a lo largo de la normativa constitucional, recorrido que inició con fórmulas primordiales en el artículo 1° de la ley suprema. No se trató, desde luego, de una reforma que cargara el acento en materia penal. Mencionaré aquí algunas aportaciones con impacto inmediato en el ámbito penal.

La primera de aquéllas, con indiscutible trascendencia —que efectivamente contribuyó a la formación de un “nuevo paradigma” constitucional— ha sido el franco reconocimiento, más allá de los antiguos términos restrictivos y cuestionables del artículo 133 de la ley suprema, de la doble fuente del orden jurídico nacional relativo a derechos humanos: por una parte, las disposiciones de origen interno; por la otra, las de origen internacional⁸³.

La reforma al artículo 1° constitucional en torno a la doble fuente ha sido notable y bienhechora. Incluyó en el más alto peldaño normativo el bloque de constitucionalidad (o parámetro de regularidad constitucional) un caudal de derechos y garantías provisto por el orden jurídico internacional⁸⁴. No han quedado dentro de esa recepción las declaraciones de derechos; pero han fluido hacia el “derecho supre-

⁸¹ Voto en Opinión Consultiva OC-17/2002, “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, en García Ramírez, Sergio, *Votos particulares...*, cit., pp. 78 y ss.

⁸² Cfr. mi comentario en *El procedimiento penal...*, cit., pp. 675 y ss., y “Jurisdicción para menores de edad que infringen la ley penal. Criterios de la jurisdicción interamericana y reforma constitucional”, en Varios, *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2006, pp. 51 y ss. En sentido similar, cfr. Rodríguez Manzanera, Luis, “La criminología en la reforma penal”, en Gómez González, Arely (coord.), *La reforma penal 2008-2016...*, cit., p. 950. Sobre el rumbo de la jurisprudencia federal, que transitó de las disposiciones ordinarias de 1928 a la normativa constitucional de 2005 (inmediatamente anterior a la vigente), cfr. Hermoso Larragoiti, Héctor, *Del Tribunal de Menores al sistema integral de justicia para adolescentes*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Cuadernos de Jurisprudencia, número 4, julio de 2009, pp. 11 y ss. En opinión de diversos tratadistas, el sistema adoptado a partir de la reforma constitucional de 2005 consagra el garantismo en la justicia para menores. Cfr. Cobo Téllez, Sofía M., *La ejecución de medidas aplicadas a los adolescentes infractores. Un acercamiento al garantismo*, México, INACIPE, 2013, p. 35.

⁸³ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, pp. 519 y ss.

⁸⁴ Cfr. García Ramírez y Morales Sánchez, *Constitución y derechos humanos...*, cit., pp. 51 y ss.

mo de la Unión” los tratados adoptados por México. Éstos son varios y muy relevantes en lo que toca a derechos humanos y garantías pertinentes en materia penal, tanto a escala mundial como regional americana. Se abrió la puerta a una tutela más intensa y amplia de los derechos básicos del individuo⁸⁵.

Otra aportación relevante que trajo la reforma de 2011 tiene que ver con el áspero mundo de la ejecución penal en la dimensión correspondiente al sistema penitenciario. En varias ocasiones he manifestado que la convicción ética del Estado se refleja en el designio recuperador, de signo humanitario o humanista, que se atribuye a la pena y que ha variado en el curso de sucesivas fórmulas constitucionales. La actual, fruto de la reforma de 2011, alude a la reinserción social del sentenciado y la prevención de la reincidencia, objetivos obviamente emparentados con la readaptación social que figuró en el texto constitucional⁸⁶. En fin de cuentas lo que interesa sobremanera es el respeto (eficiente, no apenas retórico) a la dignidad humana, concepto que se halla en el cimiento de los derechos humanos⁸⁷.

Llama la atención el catálogo de medios de los que se vale el ejecutor para alcanzar la reinserción del sentenciado, catálogo que también ha crecido a través de diversas reformas constitucionales. Hoy se dice que el “sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos”, entre otros datos. Es obvio que ese respeto no concierne solamente a la actuación del Estado en el sistema penitenciario, sino en todos los órdenes de la relación entre el poder público y el individuo. Por lo que hace a ese sistema, la jurisprudencia sobre derechos humanos puede jugar un papel sobresaliente⁸⁸.

⁸⁵ Sobre tratados relativos a derechos humanos y sus rasgos característicos en el conjunto del Derecho internacional convencional, me remito a lo que expongo en mi libro *Derechos humanos y tratados internacionales*, México, Seminario de Cultura Mexicana, 2021. En esta obra doy noticia sobre diversas obras acerca de esta materia.

⁸⁶ Sobre el canje de conceptos: reinserción social por readaptación social, su naturaleza y alcance, y las condiciones actuales del sistema penitenciario, cfr. mi comentario en *Seguridad y justicia penal...*, cit., pp. 111 y ss. Hace una década se dijo, con expresión que conserva vigencia en las actuales circunstancias, que “a pesar del cambio de nombre, el ahora llamado Sistema de Reinserción Social no ha enfrentado adecuadamente ni resuelto los problemas de los centros de reclusión. En las prisiones proliferan la corrupción y la violencia. Los denominados centros de readaptación social son disfuncionales en relación con el objetivo que le asignan la Constitución y la ley”. Varios, *Elementos para la construcción de una política de Estado...*, cit., p. 32.

⁸⁷ Viene al caso la reflexión en torno a ese respeto y el empleo de expresiones que pudieran mellarlo o relativizarlo. Sobre esta cuestión, cfr., entre otros autores, Beristáin, Antonio y Neuman, Elías, *Criminología y dignidad humana (diálogos)*, Buenos Aires, Depalma, 1989, pp. 1 y ss., donde se aborda el tema a partir de una discusión sobre el “preso residual”.

⁸⁸ Así, la “jurisprudencia del TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) se ha convertido en la fuente más importante del Derecho penitenciario europeo”. Van Zyl Smit, Dirk y Snacken, Sonja, *Principios de Derecho y Política penitenciaria europea. Penología y derechos humanos*, trad. de Ana Isabel Pérez Machío, Isabel Germán Mancebo, Francisco Javier de León Villalba, Beatriz López Lorca y Antonio Muñoz Aunión, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013. p. 535. En cuanto a América, véase



La referencia explícita a la observancia de los derechos humanos en el mundo de las prisiones obedece a la “mala conciencia” sobre las sistemáticas, profundas y masivas violaciones a derechos humanos en ese ámbito, que han ocurrido dondequiera. Se trata de un espacio en el que es preciso emprender una intensa obra de rescate. Por lo demás, no podría olvidar aquí el manifiesto desacierto de la muy cuestionable legislación reglamentaria sobre ejecución de sentencias, que atribuye a los derechos humanos contenidos en el artículo 18 de la ley suprema el carácter de “servicios” que el Estado proporciona al recluso, como si se tratara de la relación existente entre una empresa y sus clientes⁸⁹.

La reforma constitucional de 2011 previno la adecuación de diversos ordenamientos al nuevo marco provisto por la ley suprema. En las disposiciones transitorias del decreto de reforma constitucional constan las “encomiendas” que el Constituyente Permanente formuló a propósito de la revisión de ordenamientos secundarios en atención a los nuevos mandatos constitucionales. En la mayoría de los supuestos se dispuso un plazo de un año para incorporar las reformas o emitir las leyes pertinentes por parte de los órganos legislativos federal y locales, en sus casos. Estos mandamientos fueron generalmente desatendidos: el cumplimiento llegó después del año previsto por el Poder Revisor⁹⁰.

Desde luego, todos los extremos abarcados por aquellas disposiciones son relevantes para nuestra reflexión sobre la materia penal, pero amerita consideración especial la referencia al artículo 29 constitucional, cuya desatención tiene una “potencia lesiva” de grandes alcances, en tanto se trata, nada menos, de la suspensión

CorteIDH, *Análisis de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de privación de libertad y condiciones carcelarias*, San José, Cuadernos de Compilación Jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010. Asimismo, cfr. Federación Iberoamericana de Ombudsmen, *Sistema Penitenciario. V Informe sobre Derechos Humanos*, Escobar, Guillermo (dir.), Madrid, Trama Editorial, 2007, pp. 62 y ss. Para un detallado panorama sobre derechos humanos y violaciones a éstos en el ámbito penitenciario, cfr. García Ramírez, Sergio, y Martínez Breña, Laura, *Presos y prisiones. El sistema penitenciario desde la perspectiva de los derechos humanos*, México, UNAM, Programa Universitario de Derechos Humanos-Porrúa, 2014.

⁸⁹ Hago la crítica de la Ley Nacional de Ejecución Penal en *El procedimiento penal...*, cit., pp. 669 y ss. Para un examen amplio de este ordenamiento, con la consecuente censura al singular concepto de “servicios” aplicado a derechos humanos, cfr. Adato Green, Victoria, “Comentarios a la Ley Nacional de Ejecución Penal”, en García Ramírez, Sergio, et. al. (coords.), *Seguridad pública y justicia penal... ¿A dónde vamos?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2017, pp. 365 y ss. Para un detallado panorama sobre derechos humanos y violaciones a éstos en el ámbito penitenciario, cfr. García Ramírez, Sergio, y Martínez Breña, Laura, *Presos y prisiones. El sistema penitenciario desde la perspectiva de los derechos humanos*, México, UNAM, Programa Universitario de Derechos Humanos-Porrúa, 2014.

⁹⁰ Acerca de la repercusión que la reforma de 2011 ha tenido sobre las atribuciones y las acciones de diversos órganos del Estado mexicano, y las diligencias emprendidas por éstos conforme a sus respectivas atribuciones, cfr. García Ramírez y Morales Sánchez, *Constitución y derechos humanos...*, cit., pp. 281 y ss. Y sobre los plazos de cumplimiento en varios temas y la desatención a la que me he referido, cfr. *ibidem*, pp. 426-427.



de derechos o garantías del individuo⁹¹. A diez años de la reforma constitucional y del mandato del Poder Revisor sobre la emisión de un ordenamiento reglamentario del artículo 29 (y otro tanto del artículo 33), no contamos con ese ordenamiento, y acaso convenga más carecer de él si la alternativa practicable por ahora es adoptar una ley reglamentaria mal diseñada que entrañe más problemas que soluciones⁹². No sobra recordar que es posible suspender o limitar derechos humanos, que no son absolutos, como lo es “armonizar” derechos entre sí para dotarlos de eficacia, pero no “destruir el derecho o hacerle perder su carácter protector”⁹³, riesgo que acecha a la sombra de la reglamentación de un mandato constitucional.

El legislador constitucional acertó, desde luego, en la consagración de un “núcleo duro” que no puede verse afectado por la suspensión⁹⁴. En ese núcleo preservado se hallan diversos supuestos que podrían incidir directamente en la materia que ahora analizamos. Ahora bien, hay que considerar la preocupante ausencia del debido proceso dentro de ese “núcleo duro”, independientemente de la intangibilidad de los recursos tendientes a la tutela de derechos fundamentales, como es el amparo⁹⁵. A este respecto, tómense en cuenta el número y la naturaleza de los derechos o garantías que concurren en el haz del debido proceso —a la cabeza de ellos el juzgador independiente, imparcial y competente—, que declinarían bajo el régimen de suspensión si nos atenemos literalmente a los textos del artículo 29 de la Constitución mexicana y 27 del Pacto de San José.

⁹¹ La Convención Americana se expresa en diversos términos con respecto a esta situación. El epígrafe del artículo 27 menciona la “suspensión de garantías”; el párrafo 1 alude a la “suspensión de obligaciones contraídas” por los Estados, y el párrafo 2 habla de la “suspensión de los derechos” determinados por varios preceptos.

⁹² Cfr. *Constitución y derechos humanos...*, cit., pp. 423-425. Se encuentra en trámite un proyecto de ley reglamentaria del artículo 29 constitucional, aprobado en la Cámara de Senadores y pendiente en la de Diputados. El proyecto deriva de varias iniciativas, entre ellas una del Ejecutivo (del 22 de octubre de 2013), planteadas ante el Senado. El dictamen respectivo se aprobó por éste el 9 de diciembre de 2015. Recibida la minuta en la Cámara de Diputados, las comisiones correspondientes aprobaron el proyecto (que recibió diversas objeciones) el 14 de diciembre de 2016. Hasta la fecha de elaboración de este artículo, el dictamen no había transitado al Pleno.

⁹³ Carpizo, “Derechos humanos: límites...”, cit., pp. 51-54.

⁹⁴ Cfr. la referencia a la reforma del artículo 29, sus antecedentes y la formación. García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *Constitución y derechos humanos...*, cit., pp. 171y ss. Asimismo, cfr. De Silva Gutiérrez, Gustavo, *Derechos fundamentales y derechos humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 327 y ss.

⁹⁵ Es cuestionable esta omisión, que trae consigo posibles afectaciones de notable importancia al acceso a la justicia y a las garantías del debido proceso, enunciadas por el artículo 8 del Pacto de San José (similares consideraciones se podrían hacer acerca de este tema en el orden jurídico de nuestro país). Cfr. mi punto de vista sobre este punto en “Tutela de los derechos en situaciones excepcionales. Debido proceso y cumplimiento de resoluciones”, en Bejarano Guzmán, Ramiro et. al. (eds.), *Reconciliación y Derecho procesal*, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal-International Association of Procedural Law-Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 344-348.