

¿LEGISLAR EN LA COYUNTURA? CONSIDERACIONES SOBRE LA REFORMA PROCESAL PENAL EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS

Carlos F. NATARÉN*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Sentido y alcance de la reforma procesal*. III. *La presunción de inocencia en el proceso penal mexicano*. IV. *Sobre la flagrancia*. V. *Epílogo*.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas más alarmantes de la situación del Estado de derecho en México es la crisis de la justicia penal. Las cifras hacen evidente el grado de ineficacia y de impunidad que caracterizan su desempeño.¹ En la gran mayoría de los trabajos² que abordan el sistema de justicia penal se señalan, como circunstancias comunes, la falta de eficacia y la profunda desconfianza de la sociedad hacia los órganos que lo integran.³ Esta situación se ha hecho evidente en los últimos meses, en los que la crisis del sistema de justicia penal ha dejado de ser tema de debate entre especialistas en la materia ya que la sociedad civil ha

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

1 En el ámbito de las investigaciones empíricas, resulta especialmente ilustrativo el trabajo *cfr.* Bergman, M., *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional. Resultados de la encuesta a población en reclusión en tres entidades de la República Mexicana: Distrito Federal, Morelos y Estado de México*, México, CIDE, 2003.

2 Al respecto puede verse de forma ilustrativa los comentarios de Ovalle Favela, J., en "La prueba en el proyecto de Código de Procedimientos Penales", *Proyectos legislativos y otros temas penales. Segundas Jornadas sobre Justicia Penal*, México, UNAM, 2003, pp. 157-167.

3 En encuestas nacionales realizadas en 2000, quienes imparten justicia recibieron una calificación de 5.9 en una escala de 0 al 10, *cfr.* Concha Cantú, H. *et. al.*, *Cultura de la Constitución en México. Una encuesta nacional de actitudes percepciones y valores*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 37.

salido de su letargo/mutismo y ha dejado muy clara su inquietud⁴ y reclama respuestas efectivas con urgencia.

Decimos que se trata de uno de los problemas más graves porque, por un lado, la crisis del sistema de justicia penal, y los amplios márgenes de impunidad que conlleva, implica el fracaso del Estado mexicano en el cumplimiento de una de sus obligaciones básicas como es garantizar la seguridad de sus ciudadanos y, por otro, los procesos penales corren el riesgo —que en muchos casos ya ha sucedido— de convertirse en fuentes de innumerables violaciones a los derechos humanos de los ciudadanos que están sometidos a ellos.

En este contexto, en el ámbito federal, puede señalarse que el 29 de marzo del presente año, la Presidencia de la República presentó la iniciativa denominada Reforma Estructural al Sistema de Justicia Penal Mexicano, misma que propone, además de un importante conjunto de reformas constitucionales, un numeroso grupo de reformas legales. A partir de esta propuesta puede predecirse que el debate sobre la reforma penal integral pronto se extenderá a las entidades federativas; por esta razón, el presente trabajo busca iniciar un debate sobre cuál debe ser la orientación general de la reforma procesal penal, antes de que en las entidades federativas se inicie la consideración sobre reformas concretas a sus ordenamientos jurídicos.

Al respecto queremos señalar que no ignoramos que en algunas entidades federativas la reforma procesal ya ha sido llevada a cabo recientemente, como en el caso de Guanajuato, donde el Supremo Tribunal de Justicia impulsó una interesante reforma a los códigos procesales locales. De igual manera puede destacarse el caso de la reforma a los procesos orales en Nuevo León.

Sin embargo, al lado de estas reformas que son, en nuestra opinión bastante afortunadas, pueden encontrarse reformas que son realizadas sin la suficiente reflexión, en las que simplemente se ha seguido la tendencia del ámbito federal con resultados muy cuestionables, como es el caso de la creación de la Fiscalía General de Justicia del Estado de Chiapas, en donde se han repetido y acentuado los defectos de la iniciativa en el ámbito federal. Para evitar que errores de este tipo se multipliquen en todo nuestro país es necesaria una reflexión cuidadosa de los principios y fundamentos de la reforma.⁵

⁴ En este sentido la reciente marcha de protesta por la inseguridad, espontáneamente organizada por la sociedad civil, en la ciudad de México representa una manifestación de lo importante que es el sistema de justicia penal en la vida cotidiana del ciudadano ordinario.

⁵ Sobre la importancia de este tipo de ejercicios puede verse lo señalado por García Ramírez, Sergio, "Comentario a la iniciativa de reforma constitucional en materia penal del

De esta forma, el presente trabajo confiesa una doble finalidad: en primer término, se pretende destacar algunas consideraciones sobre el sentido y alcance de esta reforma, o dicho en otras palabras, qué es lo que se puede esperar y que no, de una reforma a los códigos procesales penales. En segundo término, en nuestra opinión, antes de una reforma procesal penal de gran calado debemos discutir y reflexionar cuáles son los principios generales que van a configurar nuestro procedimiento penal, para posteriormente llevar estos principios a la práctica con las reformas legales que sean necesarias. En consecuencia, deseamos señalar algunas de las características más importantes de uno de los principios que más se echan de menos en nuestro proceso penal: el principio de presunción de inocencia. Finalmente señalamos, a modo de ejemplo, la necesidad de modificar la regulación procesal de la flagrancia, como una reforma necesaria, urgente se diría, a los códigos locales.

II. SENTIDO Y ALCANCE DE LA REFORMA PROCESAL

Durante mucho tiempo ha existido en nuestro país y, en especial, en el ámbito político una especie de fetichismo legal: frente a los problemas se proponen cambios legislativos con la pretensión de que éstos, por sí mismos y sin necesidad de ningún otra modificación que los acompañe, puedan resolver los problemas. Es evidente que esta perspectiva debe superarse y, por tanto, reconocer que el mero cambio legislativo, por sí sólo, no puede resolver los problemas existentes. En este sentido, al entrar a la iniciativa que estamos analizando se debe reconocer que respecto de la justicia penal, la reforma *legal* procesal no resolverá problemas estructurales tales como la ineficacia o la incapacidad de los órganos de la administración de justicia para hacer frente a los requerimientos de estas funciones y, mucho menos, expulsará fenómenos arraigados como la corrupción.⁶ De la misma manera, la reforma legislativa no afectará en nada la escasez de medios materiales y recursos que enfrentan los órganos que se encargan de la justicia penal.

Así pues, la reforma del sistema de justicia penal requiere una aproximación integral, que busque transformar no sólo el marco legal sino también a las instituciones que lo aplican y que, sobre todo, plantee la

29 de marzo de 2004", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVII, núm. 111, septiembre-diciembre de 2004.

⁶ Por todos *cfr.* lo señalado por el ministro Castro y Castro, J., en su trabajo "Proposición de gran reforma procesal en México", *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, núm. 4, julio-diciembre de 2004, p. 13.

transformación —que modifique las normas, el diseño y operación de las instituciones, así como la actitud de los aplicadores y sus destinatarios— de los operadores jurídicos y de la sociedad a la que va dirigida. Este último punto, en nuestra opinión, debe ser subrayado: es necesario contar con la colaboración activa de la sociedad civil como un de los elementos esenciales de la reforma.

Partiendo de la premisa que la reforma debe plantearse desde una perspectiva integral debe precisarse, como segundo paso, cuáles son los objetivos que buscará obtener. Respecto de esta cuestión, nos parece evidente que la reforma a la justicia penal en México debe estructurarse en torno a dos ejes, por un lado, el combate a la delincuencia y a la impunidad y, por el otro, el absoluto respeto a los derechos humanos de los ciudadanos implicados —tanto indiciados como víctimas— en el procedimiento penal.

En este contexto cabe preguntarse por el específico alcance de la reforma a los códigos procesales, o, dicho en otras palabras, si se afirma que la reforma legal no resolverá por sí misma problemas de naturaleza estructural como los señalados, debemos preguntarnos ¿cuáles son los problemas que sí se pueden resolver con una reforma legislativa en materia procesal? La respuesta se hace evidente al considerar las finalidades esenciales del proceso penal. El proceso penal moderno surge como una garantía del ciudadano frente a la actividad del Estado en la aplicación de su exclusiva potestad sancionadora. En efecto, tal como se pone de manifiesto por la doctrina,⁷ el derecho penal sólo es aplicable a través del proceso penal para *garantizar* que el ciudadano tendrá a su favor un conjunto de principios que permitirán una defensa adecuada en el momento en que se enfrenta al poder del Estado.

Recapitulando, debe tenerse claro que, la reforma de los códigos procesales, por sí misma, no va a resolver problemas de corrupción, incapacidad o ineficacia de los órganos del Estado encargados de la justicia penal, ni tiene nada que ver con las limitaciones de recursos humanos y materiales de estos órganos —siendo más bien, al contrario ya que un proceso penal moderno exige más, tanto de estos órganos y su diseño institucional, como de sus miembros—. El proceso penal es un instrumento desarrollado para la protección del individuo por lo que su reforma debe ir dirigida a la mayor efectividad de las garantías en favor de

⁷ Cfr. Montero Aroca, J., *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, *passim*.

los ciudadanos. La reforma procesal penal es, esencialmente, una reforma de garantías.⁸

III. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL PROCESO PENAL MEXICANO

Una vez señalado cuál debe ser el enfoque necesario para abordar la reforma procesal penal en nuestro país, nos parece necesario que deba discutirse el contenido de los principios que orientarán la configuración del nuevo proceso penal mexicano. Dentro de todos los principios que se pueden proponer no existe uno cuya ausencia sea tan notoria como es el principio de presunción de inocencia. En efecto, la carencia de este principio no sólo es evidente dentro del texto de nuestra carta fundamental, sino que no se reconoce en muchos de los ámbitos en los que debería regir el proceso, basta para ello señalar que en la mayoría de los procesos puede encontrarse a la prisión preventiva aplicada como regla general. Así pues, los siguientes epígrafes van dirigidos a delinear el contenido esencial del principio de la presunción de inocencia y a esbozar una propuesta de incorporación a nuestros ordenamientos.

1. *Planteamiento general*

El principio liberal de presunción de inocencia corresponde al derecho fundamental de toda persona a no ser considerado culpable de la comisión de un delito, hasta que no se haya demostrado su responsabilidad a través de un proceso ante un tribunal competente en el que se hayan respetado todas las garantías. En otras palabras, la presunción de inocencia sólo se destruye a través de un proceso en el que el imputado debe de haber tenido un efectivo derecho de audiencia —por tanto con posibilidad efectiva de probar y alegar— que haya culminado en la sentencia firme que declara su culpabilidad con fundamento en pruebas que establezcan la certeza de su responsabilidad más allá de cualquier duda.

Sin embargo, dos de las principales vertientes del principio de presunción de inocencia son las reglas relacionadas con el tratamiento del

⁸ Sobre este punto deseamos agregar que, al día de hoy, el sistema de justicia penal no atrapa a la mayor parte de los delincuentes —reacuérdesse las cifras tan conocidas que hablan de una cifra negra de delitos no denunciado superior al 95%— por lo que el combate a la impunidad no se puede realizar a través de la reforma procesal. *Cfr.* Bergman, M., *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional*, *cit.*, nota 1

imputado y las reglas relativa a la prueba —tanto el señalamiento de a quién le corresponde su carga como la determinación de la naturaleza de la prueba necesaria para desvirtuar la presunción a favor del imputado dentro del proceso—. Que en nuestro país se ha recogido la implicación de este principio con las reglas de la carga de la prueba lo demuestra la tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la que ha señalado que este principio se traduce en que “el gobernado no está obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito”,⁹ siendo, por lo tanto, obligación del Ministerio Público demostrar la responsabilidad del acusado.

La presunción de inocencia es una derivación del principio del debido proceso y descansa sobre tres premisas. Por un lado está relacionada con las bases axiomáticas del derecho procesal penal, ya que presupone que el derecho penal va dirigido a personas con libre albedrío y capacidad para evitar las conductas prohibidas. Por otra parte, la presunción de inocencia implica un valor social, es decir, conlleva la convicción de que es peor condenar a un inocente que dejar impune a un culpable. Finalmente, el derecho fundamental a la presunción de inocencia representa un elemento de compensación a favor del inculgado, que se ve enfrentado al poder del Estado.

2. La vigencia de este principio en el proceso penal mexicano

En el proceso penal mexicano¹⁰ la vigencia del derecho a la presunción de inocencia es limitada. Por una parte, durante las primeras fases del proceso, es decir, durante la averiguación previa y la etapa intermedia, la presunción de inocencia prácticamente desaparece. Entre los factores que facilitan esta ausencia están el hecho que este derecho no siempre se ha considerado parte de la tradición jurídica mexicana,¹¹ que

⁹ Novena época, Instancia: Pleno, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t.: XVI, agosto de 2002 Tesis: P. XXXV/2002, p. 14.

¹⁰ Para claridad conceptual, señalaremos que en este trabajo utilizamos la expresión *proceso penal* en un sentido extenso, por lo que incluirá lo que en otros ordenamientos jurídicos se conoce como *instrucción* y equivale a la fase de investigación por una autoridad administrativa, es decir, utilizaremos esta expresión incluyendo en ella a la averiguación previa. De igual forma consideramos la existencia de una *etapa intermedia*, que va desde la consignación hasta el auto de formal prisión, de sujeción a proceso o de libertad por falta de méritos.

¹¹ Es significativa la poca atención que en los mismos manuales de derecho procesal penal se le dedica a este derecho fundamental, lo que demuestra que durante la formación de los futuros abogados este derecho es soslayado, por ejemplo *cfr.* Hernández Pliego, *Derecho procesal penal*.

no está expresamente contenido en la Constitución y, todavía más importante, que la jurisprudencia mexicana no ha desarrollado ningún criterio similar al *beyond a reasonable doubt*¹² del proceso penal en la tradición del *common law*.¹³ Así se puede observar que en la práctica medidas cautelares personales como el arraigo domiciliario y la prisión preventiva son reglas de aplicación general, sin apenas tomar en cuenta las circunstancias específicas del inculpado o, peor aún, del sospechoso. Otro ámbito en el que la presunción de inocencia apenas se hace perceptible es durante la fase del juicio. En efecto, es de resaltarse la poca o nula atención que se le presta a la necesidad de que exista una prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.¹⁴

3. La prisión preventiva y la presunción de inocencia

En México la aplicación, como regla general, de la prisión preventiva del procesado es una de las causas principales de la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la prisión preventiva como regla de aplicación general en los procesos penales, es contraria a las normas de la Convención Americana, ya que vulnera el derecho a la libertad personal y a la presunción de inocencia.¹⁵

12 Al respecto, la primera vez que la Supreme Court sostuvo expresamente esta cláusula fue en la decisión *In re Winship* [397 U.S. at 364] en 1970.

13 De hecho, como señalamos en el punto correspondiente a los efectos perversos del criterio jurisprudencial de "*inmediatez*", la jurisprudencia mexicana constituye uno de los elementos que juegan en contra de la vigencia de este principio.

14 También esto se puede considerar efecto de que aunque el proceso penal mexicano es formalmente acusativo, en la práctica se desarrolla como inquisitivo, y, desafortunadamente, en muchas ocasiones los jueces se limitan a ratificar la acusación formulada por el Ministerio Público. En este sentido puede citarse el trabajo de Luis Pásara, investigación empírica cuyas conclusiones, aunque de ámbito local, pueden trasladarse al conjunto del proceso penal mexicano. Pásara señala que es la Averiguación previa la que tiene el carácter fundante de todo el proceso. "Es, más bien, la anticipación del resultado final..." ya que lo habitual es que el contenido de la sentencia corresponda básicamente al de la consignación. *Cfr.* Pásara, L., *Cómo sentencian los jueces del D.F. en materia penal*, México, 2003.

15 Informe N 2/97 de la CIDH, sobre Argentina. En dicho informe la CIDH señaló asimismo, que sólo por razones legítimas se puede justificar la prisión preventiva de una persona durante un plazo prolongado. Sin embargo, la Comisión indicó que tiene la convicción de que, en todos los casos, deben tomarse en consideración los principios universales de presunción de inocencia y de respeto a la libertad individual. Las justificaciones que mencionó la CIDH en dicho informe son: la presunción de que el acusado ha cometido un delito, el peligro de fuga, el riesgo de comisión de nuevos delitos, la necesidad de investigar y la necesidad de colusión, el riesgo de presión sobre los testigos, y la preservación del orden público.

El actual régimen jurídico constitucional —artículo 18—, que restringe la prisión preventiva a los casos de delitos sancionados con pena corporal resulta especialmente permisivo dentro del contexto del derecho constitucional comparado. En efecto, para la CIDH, la prisión preventiva debe restringirse a los casos particulares donde así lo aconsejen las condiciones individualizadas, junto con la amenaza fundada contra la sociedad y el orden público. En este sentido se ha pronunciado la doctrina mexicana,¹⁶ señalando como objetivos la agilización de los procesos penales, el mejoramiento de las condiciones de los centros de detención, y una revisión periódica de la detención. Sin embargo, el debate doctrinal sobre la relación entre presunción de inocencia y prisión preventiva continua vigente.¹⁷

Debe señalarse que, en este punto, la aplicación *efectiva* de los beneficios de libertad condicional consagrados en la legislación mexicana es una medida importante para lograr la disminución del alto porcentaje de presos preventivos que existen en México. Al respecto, el artículo 20 constitucional establece como garantía del acusado la libertad provisional bajo caución, y para fijarla, el juzgador debe tomar en cuenta las circunstancias personales del mismo y la gravedad del delito por lo que debemos encontrar medios que permitan llevar este derecho fundamental a la práctica cotidiana.

4. *La necesidad de prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia*

El derecho a la presunción de inocencia, concebido como regla de juicio, entraña el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas. En consecuencia se señala que toda sentencia de condena:

- a) Debe expresar las pruebas en que se sustenta la declaración de responsabilidad penal;
- b) Tal sustento ha de venir dado por verdaderos actos de prueba conformes a la ley y a la Constitución;
- c) Valorada, y debidamente motivada, por los tribunales con sometimiento a las reglas de la lógica y la experiencia.

¹⁶ "...siendo la privación de la libertad una pena, no puede preceder a la sentencia, sino cuando la necesidad lo pide. La cárcel, por tanto, es la simple custodia de un ciudadano mientras al reo se le juzga; y esta custodia, siendo, como es, esencialmente penosa, debe durar el menor tiempo posible y, además, debe ser lo menos dura que se pueda". García Ramírez, S., *Manual de prisiones*, 3a. ed., México, Porrúa, 1994, p. 524.

¹⁷ Cfr. Hernández Pliego, J., "Presunción de inocencia y prisión preventiva", *Iter Criminis*, México, núm. 1, segunda época, diciembre de 2001, pp. 127-144.

En este sentido se señala que la sentencia de condena debe enumerar las pruebas que considera de la importancia suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. La prueba de cargo ha de estar referida a los elementos esenciales del delito objeto de condena, tanto de naturaleza objetiva como subjetiva. Sobre la parte acusadora pesa, pues, la carga de acreditar con pruebas válidas, los elementos del delito, sus circunstancias constitutivas y la participación real del acusado.¹⁸

A falta de prueba directa de cargo también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento de condena sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que los elementos constitutivos del delito se establezcan no sobre la base de simples sospechas, rumores o conjeturas, sino a partir de hechos plenamente probados o indicios, mediante un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano que se explicita en la sentencia condenatoria.¹⁹ Para que la prueba indiciaria pueda traspasar el umbral de las meras sospechas o conjeturas, ha de gozar de los siguientes requisitos: a) el hecho o hechos base (o indicios) han de estar plenamente probados; b) los hechos constitutivos de delito deben deducirse precisamente de tales hechos base; c) para que se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explicita el razonamiento engarce lógico entre el hecho base y el hecho consecuencia, y d) finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de experiencia común.²⁰

En la práctica mexicana parece ser que de alguna manera el principio de inocencia se ha invertido, de esta manera, durante todo el proceso es el indiciado el encargado de desvirtuar las pruebas de la acusación y no ésta la que debe probar la culpabilidad del indiciado. El problema se presenta desde la integración de la averiguación previa. Posteriormente, durante la fase intermedia o de término constitucional, los jueces analizan fundamentalmente la averiguación previa y con base en ella dictan

18 Al respecto el Tribunal Constitucional español exige "como presupuesto para desvirtuar la presunción *iuris tantum* de inocencia que la mínima actividad probatoria pudiese de alguna forma entenderse de cargo y que de la misma se pudiese deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado. No es suficiente, por consiguiente, que el órgano jurisdiccional sentenciador haya dispuesto de una mínima actividad probatoria, es decir, que se hayan practicado pruebas y que los órganos policiales y jurisdiccionales hayan desplegado el máximo celo en averiguar el delito e identificar a su autor; sino que es necesario que el resultado de la prueba pueda racionalmente considerarse de signo incriminatorio, esto es, de cargo, y no de descargo" STC 31/1981.

19 Este aspecto ha sido destacado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español desde la antigua STC 174/1985.

20 Al respecto puede verse también la STC 169/1986.

el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. En realidad, para ellos resulta más fácil ratificar el contenido de la averiguación previa que generar una resolución desvirtuando la acusación del Ministerio Público.

5. La incorporación constitucional de este principio

Una de las principales carencias de nuestro texto constitucional es la incorporación expresa de este principio. Sin embargo, como lo ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación,²¹ el hecho que la presunción de inocencia no se encuentre expresamente consagrada en la Constitución no significa que este principio no se encuentre vigente en nuestro ordenamiento jurídico.

²¹ En este sentido debe, nuevamente, citarse la Tesis: P. XXXV/2002 de la novena época dictada por el Pleno del más alto Tribunal de nuestro país y que se encuentra en el: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t.: XVI, agosto de 2002, p. 14.

"Presunción de inocencia. El principio relativo se contiene de manera implícita en la Constitución federal. De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo 2, 16, párrafo 1, 19, párrafo 1, 21, párrafo 1, y 102, apartado A, párrafo 2, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo 1, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar "los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado"; en el artículo 21, al disponer que "la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público"; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole "buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos". En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado".

Amparo en revisión 1293/2000, 15 de agosto de 2002, Once votos, Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Secretarios: Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot y Arnulfo Moreno Flores.

No obstante esta ausencia destaca en un grado mayor si consideramos el texto de la Convención Americana de Derechos Humanos²² o con un simple vistazo al resto de Constituciones de los países de nuestro entorno o con estrechos vínculos con nuestro sistema jurídico.²³ Es

22 Convención Americana Sobre Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969, San José de Costa Rica, "Artículo 8o., Garantías Judiciales [...] 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas;...".

23 Bolivia: artículo 16. I. Se presume la inocencia de toda persona mientras no se declare su culpabilidad en sentencia ejecutoriada; Brasil: artigo 5o. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; Chile: artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. [...] La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal; Colombia: artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable; Costa Rica: artículo 39. A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad. Ecuador: artículo 24. Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia: Se presumirá la inocencia de toda persona cuya culpabilidad no se haya declarado mediante sentencia ejecutoriada.[...], España: artículo 24 [...] 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos. Nicaragua: artículo 34. Todo procesado tiene derecho, en igualdad de condiciones, a las siguientes garantías mínimas: A que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley; Paraguay: artículo 17. De los derechos procesales En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: que sea presumida su inocencia; Perú: artículo 2. Toda persona tiene su derecho: A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: [...] e. Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad; Portugal: artigo 32 (garantias de processo criminal) [...] 2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa; Uruguay: artículo 12. Nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal; Venezuela: artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: [...] 2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.

cierto que la mera inclusión de este principio en el texto de la norma suprema no garantizará su inmediata vigencia en nuestro sistema jurídico, pero tratándose de un derecho fundamental de tanta importancia su consagración constitucional será un factor de impulso a su introducción dentro de las reglas del proceso penal mexicano.

Consecuentemente, estamos a favor de una reforma constitucional que incorpore de manera expresa el derecho de todo imputado a ser considerado inocente hasta que no sea declarada su responsabilidad penal por un tribunal competente y por sentencia firme.

IV. SOBRE LA FLAGRANCIA

Como se ha dicho anteriormente, nos parece necesario que la transformación de nuestros sistemas de justicia penal desarrolle una serie de etapas; en la primera deberá discutirse sobre el alcance y la orientación de la reforma. En una segunda etapa deberán precisarse los principios que determinarán el contenido de las propuestas y, en consecuencia, de la nueva configuración del proceso penal. Finalmente, simultáneamente a la elaboración de los proyectos de reformas, me parece que deberá realizarse un recuento de puntos específicos del proceso que requieren ser modificados, este es el caso de la regulación procesal de la flagrancia. Por esta razón haremos una breve exposición de este problema.

Se señala que existe flagrancia cuando el autor del hecho con apariencia delictiva es encontrado en el momento de cometerlo. De esta forma, podemos establecer que flagrancia no es una condición intrínseca del delito sino una característica externa, resultante de una relación circunstancial del presunto delincuente con el hecho.

Como es lógico, en nuestro ordenamiento jurídico la flagrancia se encuentra ligada a la protección de los derechos fundamentales. En efecto, el párrafo 4 del artículo 16 de la Constitución estipula que toda detención debe cumplir los requisitos que los párrafos anteriores de ese mismo precepto establece, a saber: existencia de mandamiento judicial, denuncia o querrela previa, tipicidad del acto y probable responsabilidad. De esta forma, frente a la perspectiva garantista que busca establecer un mínimo de condiciones para toda detención, la flagrancia —en tanto excepción fundada en la necesaria respuesta a los delitos— permite la inmediata aprehensión del presunto delincuente.

Sin embargo, el desarrollo legal de este precepto constitucional modifica profundamente la esencia de la flagrancia, ampliando significativamente su contenido, lo que repercute en el sistema de protección de ga-

rantías. En efecto, el artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales —de acuerdo con la redacción de las reformas de 8 de febrero de 1999—, ha establecido tres formas de flagrancia: la primera fracción se refiere a la forma tradicional que, como se ha dicho, se concreta en el hecho de que el inculcado sea sorprendido cometiendo el delito. La segunda fracción se refiere a los supuestos en que se le sorprende inmediatamente después de ejecutado.

La tercera de las formas de la flagrancia en realidad engloba varios supuestos que trataremos de distinguir, así existirá flagrancia cuando el inculcado es señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere participado con él en la comisión del delito; de la misma forma, se considera flagrancia cuando se encuentre en poder del indiciado el objeto, instrumento o producto del delito; finalmente, será flagrancia cuando aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito.

Para estos supuestos, la misma fracción III del artículo 193 establece como condiciones que deberá tratarse de un delito grave, que no haya transcurrido un plazo de cuarenta y ocho horas desde el momento de la comisión de los hechos con apariencia delictiva, que se haya iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiera interrumpido la persecución del delito.²⁴

Al respecto, si se toma en consideración cuáles son los supuestos en los que se aplicará, el plazo de cuarenta y ocho horas es demasiado amplio —encontrándose casos de legislaciones locales en que son setenta y dos horas—.²⁵ Incluso, si se considera que en la práctica, en la mayor parte de los casos de flagrancia los inculcados son detenidos a escasos minutos de haber ocurrido el delito (menos de una hora),²⁶ o dentro del siguiente día a partir del momento del delito,²⁷ el plazo de dos días significa un espacio de tiempo en los que los resultados de la investigación policíaca —que señalen a un sospechoso— no serán revisados por un juez antes de proceder a una detención. En consecuencia, en nuestra opinión es necesario revisar la forma en la que se ha definido la flagrancia en los códigos de procedimientos y con base en el impacto de

24 De esta redacción del Código la doctrina ha señalado que junto a la flagrancia se introduce en las fracciones II y III del artículo 193, CFPP, la *cuasiflagrancia* y la *equiparación a la flagrancia*. Cfr. Bunster, Álvaro, "Concepto de flagrancia", *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 1710.

25 Por ejemplo Código de Procedimientos Penales del Estado de Veracruz.

26 Se afirma que el 48 % de los inculcados son detenidos en este periodo de tiempo. Los datos son de la encuesta *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional*, CIDE, p. 45.

27 La misma encuesta señala que estas detenciones corresponde al 22%. *Idem*.

la regulación actual sobre la tutela de los derechos de los ciudadanos reducir, a los periodos de horas estrictamente necesarios el periodo de la *cuasi* flagranza y de la equiparación a la flagranza.

V. EPÍLOGO

Finalmente deseamos señalar que la iniciativa de reforma a la justicia penal planteada en el ámbito federal es una propuesta valiente y ambiciosa; pocas veces se puede encontrar una propuesta tan amplia, que busque una transformación total de un sistema como el nuestro, frente al que existe consenso en que la situación no puede mantenerse en el estado actual. Es ésta, quizá, su principal virtud, pues aun reconociendo lo correcto de su planteamiento inicial, es indispensable su depuración y perfeccionamiento.

En este sentido, dentro del debate sobre una reforma penal que pronto se trasladará al ámbito local, debe reconocerse que son los tribunales locales los que tienen la mayor responsabilidad de hacer justicia en materia penal, pues son éstos órganos los que juzgan de la inmensa mayoría de asuntos penales que conciernen al ciudadano común y corriente. Es el juez del fuero común quien debe ser el principal garante de los derechos fundamentales de los imputados. Es por esta razón que es necesario que la coyuntura actual no se imponga y, que buscando un golpe de efecto ante la opinión pública, se trasladen muchas de las reformas penales del ámbito federal al ámbito local sin que medie el análisis cuidadoso de cada una de las propuestas que la integran y de su necesaria adaptación y perfeccionamiento para las necesidades de cada entidad de la Federación. Confíemos que así sea.