

## CONSIDERACIONES SOBRE LA REFORMA PROCESAL PENAL EN LOS ÚLTIMOS AÑOS

Sergio GARCÍA RAMÍREZ\*

En los últimos años se ha intensificado, cuantitativa y cualitativamente, la reforma de las leyes penales. Al hablar de intensidad “cualitativa” no me refiero necesariamente, como adelante se verá, a un mejoramiento en la calidad de las disposiciones penales y procesales, con su correspondiente reflejo en el adelanto de la justicia penal. Sólo aludo al sentido de las reformas, que trae consigo variaciones sustanciales al orden jurídico punitivo. Este nerviosismo reformista se ha proyectado en diversos planos y vertientes. Hubo copiosas novedades en el régimen constitucional, de las que provinieron sendas modificaciones en la ley secundaria. Independientemente de los cambios derivados de las reformas constitucionales, hubo muchas otras novedades en los ordenamientos penales, procesales penales, orgánicos y ejecutivos.

En otra oportunidad, al analizar las transformaciones de la justicia penal en el siglo XX, también bajo la hospitalidad del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, que patrocina este ciclo de trabajos, me he referido al signo de la evolución en el largo camino recorrido durante las últimas décadas. Somos herederos —lo es, por supuesto, la Constitución Mexicana de 1917, que recibió una plausible orientación liberal y social— de la tradición humanista que procede de la última parte del siglo XVIII. El humanismo penal, traducido en una serie de principios que son baluarte del derecho penal moderno —intervención mínima, legalidad, igualdad, culpabilidad, personalidad, racionalidad, etcétera—, informó las leyes penales mexicanas de los siglos XIX y XX, receptoras de las corrientes que llegaron a nuestro país provenientes de Europa. Ahí tiene sus mejores raíces la tradición penal mexicana.

\* Coordinador del Área de Derecho Penal e investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Asimismo, fuimos receptores —un tanto tardíos— del influjo positivista que brotó en Italia. La antropología y la sociología criminales, resumidas en el torrente criminológico, nos hicieron conocer la etiología del delito, tanto en sus aspectos generales como en sus aspectos particulares. Esto se reflejó en la legislación penal de los años veinte y treinta, que se cifraron en la teoría del juez criminólogo, la individualización penal a partir de los factores causales del delito y el proyecto de readaptación social del infractor.

Todo ello, tuvo repercusiones en el sistema procesal, que trajeron consigo la preocupación por conocer al individuo infractor, además de la necesidad —inherente al proceso penal— de conocer el hecho y descifrar la participación delictuosa, para establecer las consecuencias jurídicas del hecho ilícito. En esa etapa se echó mano de las nociones de peligrosidad y temibilidad, por lo que toca al delincuente adulto, y de estado peligroso o riesgo de daño personal y social, en lo que concierne al menor infractor. Afortunadamente, estos conceptos no culminaron en deformaciones autoritarias del sistema penal.

A México no llegó la corriente penal totalitaria, que en los años treinta y cuarenta informó el derecho punitivo del fascismo. Entre nosotros se mantuvo íntegro el principio de legalidad penal y no incursionamos en el derecho penal de autor más allá de las tentaciones peligrosistas a las que me he referido. El desarrollo de nuestro derecho penal, sustantivo y adjetivo tuvo signo democrático. Este se acentuó invariablemente a través de frecuentes reformas a la ley secundaria, más que a las normas constitucionales. Así las cosas, en el último cuarto del siglo XX nuestro orden jurídico correspondía al modelo democrático informado por el principio de mínima intervención, la racionalidad de las consecuencias jurídicas del delito y el constante avance del garantismo, que se observó sobre todo en el procedimiento penal: derechos más amplios y numerosos, siempre en expansión.

En los últimos años, sin embargo, el péndulo ha oscilado y el derecho penal sustantivo y procesal —de adultos y menores— ha iniciado un giro inquietante y peligroso —no completo, desde luego— hacia fórmulas autoritarias que diluyen, suprimen o restringen garantías. Este es uno de los temas frecuentes en la reforma penal que hemos contemplado recientemente. Conviene decir, que México no es excepción en el panorama internacional, al que han llegado, ocasionalmente, vientos autoritarios. Esto

es consecuencia, de una amplia serie de factores que conviene tomar en cuenta.

Se observa la presencia e incluso el incremento —a veces acelerado— de la delincuencia tradicional, al lado de la criminalidad evolutiva. Los analistas políticos de estos temas —me refiero a los encargados del diseño de políticas públicas y fórmulas legislativas e institucionales— suelen ignorar las causas de la delincuencia, confiar excesivamente en los instrumentos policiales y represivos, y desconocer o minimizar la relación entre política social, que es el género, y política criminal, que es la especie. Ésta viaja por su cuenta.

Los recursos no jurídicos, o en todo caso no punitivos, del control social han flaqueado, ni la familia, ni la escuela, ni el trabajo, ni la religión, ni la recreación poseen la eficacia contralora que antes tuvieron. Las instituciones dispuestas para la prevención, la procuración y la administración de justicia penal se encuentran en crisis, no han logrado asumir el papel que les corresponde en la sociedad moderna; se hallan lejos de conseguir el desarrollo que requiere la mudanza en las condiciones de vida y en el desenvolvimiento de la criminalidad.

A lo anterior hay que añadir el surgimiento y desarrollo, cada vez más intenso, de la delincuencia llamada moderna, con violencia o sin ella. El progreso tecnológico se ha proyectado sobre la criminalidad en múltiples aspectos. Las comunicaciones han hecho su parte en la difusión del delito, multiplicando víctimas y victimarios y eliminando fronteras territoriales. Esta internacionalización del crimen ha determinado una incipiente y compleja internacionalización de los procesos persecutorios, que genera numerosos problemas cuya solución de fondo se halla pendiente. Los delitos de cuello blanco y el crimen organizado —sobre todo el narcotráfico, pero también el tráfico de trabajadores indocumentados y de bienes diversos— han planteado nuevos y arduos trabajos para la justicia penal, cuya respuesta ha sido generalmente pobre, ineficiente y extemporánea.

Todo ello trae consigo frustración y nerviosismo, que son malos consejeros para la sociedad y el Estado, sus recomendaciones se reducen al agravamiento punitivo y a la generación, por ende, de un nuevo orden jurídico penal que se interna cada vez más en el autoritarismo, sin que logre, empero, la eficacia que promete. El endurecimiento de la ley penal y la alteración del sistema procesal de garantías son respuestas tan frecuentes como estériles a los problemas que plantea la inseguridad pública.

Los derechos humanos padecen, atrapados en un falso dilema que está de moda, seguridad pública o respeto a los derechos humanos. Este dilema implica, una profunda contradicción en una época en que se avanza deliberadamente hacia sistemas nacionales e internacionales de mayor tutela de los derechos fundamentales, avance que también se ha observado en México a través de la adopción del ombudsman —mediante comisiones de derechos humanos— y del reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La reforma constitucional mexicana, a partir de 1917, se dirigió primordialmente a las cuestiones del poder y de la equidad. En efecto, las numerosas reformas incorporadas en una Constitución teóricamente rígida y prácticamente flexible tuvieron que ver sobre todo con la asunción y la distribución del poder político, por un lado, y con los programas y las garantías sociales, por el otro. Lo primero se advierte en las copiosas reformas vinculadas con la ciudadanía, los partidos políticos, el régimen electoral, la división de poderes, las relaciones entre la Federación y los estados y entre éstos y los municipios, y otras cuestiones colindantes. Lo segundo se observa en los constantes cambios sobre el sistema económico, laboral y agrario, y en la adición de nuevas garantías sociales, derecho al cuidado de la salud, derecho al trabajo, derecho a la vivienda, etcétera.

El régimen constitucional de la justicia penal recibió escasas reformas, a intervalos largos. En todo caso, no fue uno de los asuntos favoritos del Constituyente Permanente. Sólo en los últimos años pasó a ocupar un lugar distinguido en la escena de las grandes reformas. En 1993 hubo una amplia revisión —acertada en algunos extremos y errónea en otros, hasta constituir una verdadera “siembra de problemas”— de normas penales constitucionales relacionadas con el enjuiciamiento. La precipitación con que se realizó el cambio oscureció sus resultados. Se podría decir que en ese año se presentó un parteaguas en la evolución constitucional de la justicia penal, a las reformas de 1993 a las que arribaron algunas de las tendencias más plausibles y progresistas, pero de ella derivaron, asimismo, algunas de las más inquietantes y sombrías.

Sería imposible referir ahora todos los temas abordados en la reforma de 1993. Entre los que tuvieron solución correcta figuran, por ejemplo, el derecho a la “defensa adecuada” y el sistema sobre confesión y declaración, en general, del inculpado. Entre los temas mal resueltos cuentan el relevo del cuerpo del delito por los elementos del tipo penal —como adelante veré—, la libertad provisional bajo caución, la ampliación del plazo

de setenta y dos horas para la emisión de auto de formal prisión, la incorporación de los conceptos de “delito grave” y “delincuencia organizada” y la sustitución del principio de legalidad por un extraño régimen de convenios administrativos en materia de extradición interna.

En 1994 habría nuevas reformas. Entre éstas destacan, por lo que toca a la materia que ahora examino, la posibilidad de impugnar jurisdiccionalmente las determinaciones de no ejercicio y desistimiento de la acción penal que adopta el Ministerio Público —una reforma interesante, que redujo el alcance del monopolio ministerial sobre la acción penal, pero careció y carece todavía de reglamentación procesal específica— y la formulación constitucional del tema de la seguridad pública, con excesivo acento en sus aspectos policiales y punitivos.

Una vez más hubo reformas constitucionales en 1996, unas para deshacer los entuertos que cometió la reforma de 1993 —así, en materia de libertad provisional, el tema más socorrido en las reformas penales constitucionales—, y otras para responder, no siempre con acierto, a los problemas que plantean el crimen organizado y la delincuencia urbana.

En las modificaciones constitucionales de 1996 se abordó un asunto relevante, la interceptación de comunicaciones privadas, que pudo regularse bajo el rubro del cateo y cuyo régimen ha dejado sombras y dudas. Asimismo, se avanzó en el aseguramiento y la desposesión de bienes relacionados con actividades ilícitas, real o supuestamente. El control de estos bienes —un asunto destacado, se vincula con los recursos para la comisión de delitos y con los rendimientos del crimen, sujetos a “blanqueo”— es un tema excepcionalmente complejo, erizado de problemas que no ha resuelto satisfactoriamente el derecho mexicano, constitucional y secundario.

Un punto importante en la reforma constitucional de 1996 fue la posibilidad de atracción federal del conocimiento de ilícitos naturalmente colocados bajo la jurisdicción de las entidades federativas. Con este cambio se quiso constitucionalizar, valga la expresión, una norma procesal secundaria —artículo 10 del Código Federal de Procedimientos Penales—, pero el cambio tampoco fue satisfactorio, o en todo caso no lo ha sido su reglamentación por parte de las leyes ordinarias. En efecto, la atracción continúa sujeta a la discreción del Ministerio Público federal, más bien que a la precisión de la ley procesal. Carecemos de elementos que perfilen legalmente esta materia, importante por partida doble, afectando derechos de los individuos e interesa atribuciones de los estados de la Unión.

En 1997 se emprendió otro proceso de reforma constitucional, con rasgos fuertemente autoritarios que afortunadamente quedaron moderados, pero no desterrados, en el curso del trabajo parlamentario. En este caso se buscó reparar los desaciertos de la mencionada sustitución del cuerpo del delito por los elementos del tipo penal, una sustitución forzada e imperita que trajo consigo consecuencias perniciosas, como se dijo en la propia exposición de motivos del proyecto. En ésta se aseguró que la propuesta tenía como objetivo “flexibilizar” el ejercicio de la acción penal, eufemismo —similar, aunque para otros efectos, al que se utiliza en la actual hora de decadencia del derecho social del trabajo— con el que se bautizaba la posibilidad de reducir a un mínimo inadmisibles los requisitos constitucionales para el ejercicio de la acción y la emisión de orden de captura.

Conviene que nos detengamos un momento en el debate sobre la inclusión constitucional del concepto de cuerpo del delito, o bien, de los elementos del tipo penal. Aquélla fue la solución adoptada hasta 1993; la segunda fue la acogida en este mismo año y vigente hasta 1999, cuando se retornó a la referencia del cuerpo del delito. La reforma de 1993 provocó una tempestad en un vaso de agua. Se quiso identificar la preferencia por cuerpo del delito con la teoría penal causalista, y la opción por elementos del tipo penal con la teoría finalista. Sin embargo, este no es el eje del problema; lo es en cambio, la decisión político-jurídica sobre los datos que es preciso acreditar para que el Estado afecte los derechos fundamentales del individuo y lo someta a detención y procesamiento. Este es el punto. A él debe atenerse la solución constitucional que resuelve un trascendental tema de relación entre el poder público y el ciudadano particular.

Además, en 1997 también se pretendió incorporar una forma oscura de juicio penal en ausencia, desechado en la Cámara de Senadores, que prevenía el procesamiento sin comparecencia del inculpado éste hubiese rendido declaración preparatoria y después se sustrajera a la acción de la justicia. La propuesta no contenía límites utilizados en otras experiencias nacionales; por ejemplo, abarcar solamente delitos de menor importancia, detener el juicio del ausente antes de la sentencia o permitir una revisión del caso cuando aquél compareciera.

Hubo un nuevo paso cuestionable en el ámbito del control estatal de bienes de procedencia dudosa. Aquí apareció —artículo 22 constitucional— una rara figura sancionatoria, de carácter expiatorio, sin que

previamente se acredite la comisión de un ilícito que la justifique. No se trata de una sanción penal. Su naturaleza, pues, queda a la deriva.

Sobre la peligrosa vaguedad de esta figura basta con transcribir lo que señala la exposición de motivos. La reforma al artículo 22 —se dijo en aquélla— “pretende crear una nueva figura jurídica”, existente en otros países.

Es importante precisar, que esta nueva figura es distinta e independiente de la responsabilidad penal. No se trata de una pena que se imponga a un delincuente por la comisión de un delito, ya que para ello existe el decomiso. Más bien se trata de una acción de que dispone el Estado para que una vez demostrada la relación causa-efecto entre el bien y los elementos objetivos del delito, se transfiera su propiedad en beneficio de la colectividad.

Sobran los comentarios. Finalmente, con motivo del proceso reformador iniciado en 1997, se llevó al artículo 123 constitucional, sede del derecho laboral, una reforma importante. No tiene relación directa con el proceso penal, pero la tiene con órganos a cargo de funciones auxiliares de la procuración de justicia, específicamente, la policía. Ahí quedó consagrada una salvedad al principio de irretroactividad desfavorable de la ley, que constituye una regla notable del garantismo en diversos órdenes, entre los que descuella el régimen penal. Se trató de permitir la separación, sin posibilidad de reinstalación en el cargo —pero sí de indemnización cuando la separación sea indebida— de policías que han dejado de satisfacer los requisitos exigidos para la permanencia en el cargo, aunque hayan satisfecho los que se exigían para ingresar a él.

Comprendo los motivos de la reforma al artículo 123 de la ley suprema, el desastre en el que cayeron las corporaciones auxiliares de la procuración de justicia, confesado por las más altas autoridades del país. Se requería una solución “quirúrgica” para lo que debió preverse con soluciones racionales, éticas y jurídicas. Por eso escribí:

No sobra preguntarse como fue posible que se llegara a semejante situación, revirtiendo proyectos, programas, intenciones, acciones, en aras de compromisos creados, corruptelas en la selección de personal, criterios patrimonialistas o clientelares de ínfima especie, soberbia administrativa, ignorancia o ligereza, etcétera. Lo ganado trabajosamente se perdió en poco tiempo, a la vista de todos. En fin de cuentas, para resolver el problema, uno entre los varios que aquejan a los servicios de seguridad pública, ha

sido necesario reformar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos e incorporar en ella, para estos supuestos específicos, una norma que autoriza la irretroactividad desfavorable, contrariando el principio que estipula el artículo 14 de la misma ley fundamental.

En el año 2000 se agregó, siempre con prisa, un apartado B) al artículo 20 constitucional, esta vez para reunir en él los derechos del ofendido o víctima —así lo indica el precepto constitucional, a partir de la reforma de 1993, con flagrante confusión— con motivo del delito que lo agravia. Habrá mucho que hacer para perfilar técnica y prácticamente esta buena intención. Indudablemente, la reforma de 2000 se inscribe en una corriente benéfica que pretende generar equilibrio procesal —así como consecuencias de otro carácter— entre el inculpado, la sociedad y la víctima.

Criatura de la reforma constitucional de 1996 ha sido la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, a la que he dedicado frecuentes comentarios (Cfr. mi libro, *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, 2a. ed., México, UNAM-Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000). Ese ordenamiento, que pretende fundarse en las novedades constitucionales de ese año, en realidad inspiró el proceso seguido ante el Constituyente Permanente. La existencia de un proyecto absolutamente inconstitucional, que despertó el rechazo de la opinión pública y de los especialistas, determinó que se optara por una puerta falsa, reformar la Constitución para instalar el proyecto legal. Sin embargo, éste fue mucho más lejos de lo que permitiría la nueva letra de la ley suprema. Por ende, carece de base constitucional en varios extremos.

Se justifica mencionar aquí la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, porque ésta contiene, al lado de novedades inaceptables en materia sustantiva y ejecutiva, diversas figuras propias de carácter procesal, que contribuyen a la construcción de un orden punitivo diferente del tradicional y sustentado en principios también distintos. Éstos, erigidos sobre la angustia por combatir con eficacia la delincuencia organizada —cosa que, por supuesto, no se ha conseguido— conforman un nuevo derecho procesal penal, que no se confina, contra lo que sugirieron sus defensores, al espacio estricto de la delincuencia organizada. Por el contrario, ha comenzado a infectar —como muchos temimos y dijimos oportunamente— el sistema ordinario del procedimiento penal. Por todo ello, esa ley constituye probablemente la más importante —pero también la

más negativa— reforma al derecho procesal penal mexicano en los años abarcados por el lustro más reciente.

Entre las novedades aportadas por la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada al procedimiento penal mexicano figuran: a) “negociación penal” entre el Estado y el infractor, para permitir —contrariamente al principio de legalidad estricta, y ensanchando el de oportunidad o conveniencia— la benevolencia punitiva a favor del individuo penalmente responsable que colabore a la investigación de delitos; b) federalización persecutoria pésimamente regulada, que lleva a distinguir —nuevamente con desdén para el principio de legalidad penal— entre delitos en “acto” y delitos federales en “potencia”: éstos son los que surgen merced a la atracción federal, que se maneja con gran discrecionalidad; c) averiguación compartida —en contra de lo previsto en el artículo 21 constitucional— entre el Ministerio Público y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en las hipótesis de delitos a propósito de recursos de procedencia ilícita; d) errores en la regulación de intervenciones de comunicaciones privadas; e) una versión del arraigo que desborda —como ha ocurrido en la práctica, sistemáticamente, con el correspondiente traslado a la legislación procesal penal ordinaria— los límites racionales de esta medida precautoria, hasta convertirla en una detención previa a la detención constitucional, por periodos prolongados, antes de que el juzgador resuelva la situación jurídica del indiciado como lo demanda el artículo 19 constitucional; f) delaciones —no denuncias ni querellas en los términos del artículo 16 de la ley suprema— que ponen en movimiento la averiguación previa, aunque se diga que el procedimiento verificador de los hechos aportados por la delación no constituye, en sí mismo, una verdadera averiguación previa; g) inversión de la carga de la prueba —contrariamente a un principio tradicional y muy apreciado del derecho penal democrático, quien acusa debe probar su acusación, prueba que es indispensable para la afectación de derechos individuales—, que obliga al individuo a demostrar su inocencia para prevenir una decisión punitiva; y h) fijación de recompensas a favor de quienes colaboren a la captura de un inculpado, a la manera de las antiguas “ofertas por la cabeza del delincuente”.

En los últimos años hubo, desde luego, reformas importantes a los códigos federal y distrital de procedimientos penales. Algunas tuvieron relación con los cambios constitucionales; otras ocurrieron por motivos diferentes. También han que destacar los cambios en la legislación estatal, que ha comenzado a ser fuente de sugerencias para el legislador de la Fe-

deración y el Distrito Federal, a diferencia de los procesos tradicionales que llevaban las reformas “del centro a la periferia”.

En los años a los que se refiere este comentario se expidieron, entre otros, nuevos códigos de procedimientos penales en los estados de Morelos (1996) y Tabasco (1997), que he analizado en una obra publicada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas (en coedición con los gobiernos de Morelos y Tabasco: *El procedimiento penal en los estados de la República. Los casos de Guerrero, Morelos y Tabasco*, México, 1998). El segundo, fue producto de un convenio entre esta entidad federativa y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. A partir de estas experiencias, se han elaborado sendos proyectos para los estados de Quintana Roo y Durango, así como para el Distrito Federal.

Los modernos códigos estatales mencionados constituyen buenos modelos para la reforma procesal penal, y ciertamente superan, con mucho, las disposiciones —que forman un conjunto heterogéneo y no siempre afortunado— de los códigos federal y distrital. Entre las novedades más relevantes se cuentan el régimen de reparación del daño —que cesa de ser pena pública, y se reclama, en consecuencia, por el ofendido como actor principal y por el Ministerio Público, como actor subsidiario necesario— y los procedimientos especiales para inimputables y sobre responsabilidad de personas morales. Por su parte, el proyecto para el Distrito Federal ha contemplado una amplia y pertinente reestructuración del procedimiento, que evita redundancias y concentra y racionaliza mejor sus etapas.

Puesto que nuestro país se ha adherido a la Convención de Roma que contiene el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998, será preciso reflexionar sobre las repercusiones que esta adhesión ejercerá sobre el derecho constitucional y el régimen procesal secundario. México suscribió la Convención el 7 de septiembre de 2000, *ad referendum*. Con ello, nos instalamos en la más moderna corriente internacional, que pretende cerrar los espacios para la impunidad de los más graves delitos, que implican ofensas de enorme impacto sobre los derechos fundamentales de los individuos, genocidio, crímenes de lesa humanidad y delitos contra el derecho internacional humanitario. Posteriormente se incluirá —cuando exista la descripción típica que merezca aceptación— el delito de agresión.

Ahora bien, la ratificación de la Convención implica previa revisión constitucional, si nos atenemos a los términos del artículo 133 de la ley

suprema, habida cuenta de que muchas normas de ésta entran en colisión con reglas y principios de aquel instrumento internacional. Habrá que meditar sobre reformas acerca de investigación, persecución y enjuiciamiento internacional de conductas punibles realizadas en México, adopción de medidas precautorias y otros actos procesales en el territorio nacional ordenados por una corte internacional, principio *ne bis in idem*, prescripción, reclusión perpetua, inmunidad nacional de servidores públicos, imprescriptibilidad, extradición solicitada por el tribunal internacional, abono del tiempo de detención y diligencias *ex parte* o a puerta cerrada, además de algunos puntos de suma importancia en el ámbito sustantivo, como son los tipos penales que figuran en la Convención y los llamados “elementos del crimen” que ésta prevé, cuya naturaleza no se ha precisado suficientemente y que no poseen equivalente en el derecho nacional.

A este respecto, en el caso de que México se proponga ratificar, en su hora, la Convención, deberá examinar el método para crear la necesaria correspondencia entre normas internacionales y normas nacionales de rango constitucional. Pudiera venir al caso la reforma casuística de disposiciones constitucionales, que entraña diversos problemas, u optarse por el camino seguido en Francia, que a través de un solo precepto —el artículo 53.2 de la Constitución de la Quinta República— legitimó constitucionalmente la admisión del sistema representado por la Corte Penal Internacional.