

LA REFORMA PENAL CONSTITUCIONAL DE 2007 *

Dr. Sergio García Ramírez**

I. Advertencia. II. La reforma y su circunstancia. III. Antecedentes inmediatos y diagnóstico. IV. Flexibilidad en el ejercicio de la acción. V. Nueva relación entre el Ministerio Público, las policías y el ciudadano. VI. Doble sistema penal. VII. Ejecución penal. VIII. Extinción de dominio.

I. Advertencia.

En diversos foros me he referido a la reforma penal constitucional realizada entre 2007 y 2008. Este trabajo presenta los comentarios que he formulado en ellos y reproduce, por lo tanto, las reflexiones y expresiones correspondientes a esos encuentros académicos. Por supuesto, no pretendo examinar aquí el conjunto y los detalles de la reforma, sino sólo algunos temas principales. Para una exposición más amplia me remito a mi libro *La reforma penal constitucional 2007-2008. ¿Democracia o autoritarismo?* (Ed. Porrúa, México, 2008). Aludiré, pues, a la circunstancia de la reforma y a ciertos temas que merecen especial atención, a mi juicio: flexibilidad en el ejercicio de la acción penal (que lo es también en la emisión de la orden de aprehensión y del auto llamado de vinculación a proceso), nueva relación entre el Ministerio Público, las policías y los ciudadanos, división o

* Este documento recoge, con diversas precisiones y ampliaciones, mi participación en programas académicos en que se ha examinado la reforma constitucional penal de 2007-2008, como las *IX Jornadas sobre Justicia Penal* (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 24 DE ABRIL DE 2008); el Foro “*La Reforma Constitucional en Materia Penal y de Seguridad Pública*” (Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 11 de enero de 2008); el *Foro de Derechos Humanos, Debate/Discusión sobre la Reforma Judicial* (Fundación Heberto Castillo, 13 de febrero de 2008); el *Ciclo de Conferencias “México hoy: los retos pendientes”* (Instituto de Administración Pública del Estado de Hidalgo, 13 de febrero de 2008), etcétera.

** Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

bifurcación del sistema de justicia penal y extinción de dominio, así como algunos puntos a propósito de la ejecución penal, que suscita, por su parte, problemas de mayor cuantía que no analizo en este trabajo.

En mi concepto, la reforma contiene avances y retrocesos, aciertos y errores, todos ellos muy notables. No es posible --sería injusto y temerario-- emitir un juicio uniforme sobre este movimiento normativo, de condición heterogénea.

Pertenece a la categoría de las “reformas ambiguas”, si se me permite la expresión, que al lado de notables pasos adelante ofrece desaciertos y soluciones peligrosas. Éstas militan contra el orden penal democrático y ponen en predicamento derechos y garantías de los ciudadanos. Por eso he comparado la reforma con un vaso de agua fresca, cristalina, que invita a saciar la sed, en el que alguien hubiese dejado caer, sin embargo, unas gotas de veneno. Ya se verá el efecto general que esta inquietante mezcla produce en la fisiología de la nación.

II. La reforma y su circunstancia.

Una reforma constitucional --y sobre todo una reforma con ambición y alcances muy grandes-- debe ser examinada en función de la circunstancia que la genera y en la que se desarrolla; y más todavía, de la que está llamada a gobernar. Por ello, el examen debe practicarse desde una perspectiva histórica, sin limitarse al texto puntual de los artículos, párrafos, incisos: los árboles nos privarían de mirar el bosque. Conviene que nos interroguemos de dónde venimos, en qué punto nos encontramos y a dónde nos conduce la reforma, hasta donde sea posible saberlo, con los datos de la experiencia a la mano.

Si no examinamos el cambio normativo conforme a esa amplia perspectiva, confinaríamos el análisis en una campana al vacío. Nos limitaríamos a contemplar

los textos sin atender a su raíz, a su derrotero, a su puerto de arribo. Pondríamos de lado la vida y las condiciones en las que ésta se desenvuelve; el pensamiento y la experiencia que han determinado el desarrollo de las disposiciones y las prácticas penales; los verdaderos caracteres de la relación que se desarrolla entre el ciudadano y el aparato punitivo del Estado. Hay que reiterar, una vez más, que la modificación constitucional es, orteguianamente, “ella y su circunstancia”. En diversas oportunidades me he ocupado en estos temas, a la luz --o a la sombra, a menudo-- de proyectos o de cambios consumados. Algunos han tenido éxito; otros, no. Los fracasos han movido a la rectificación o a la resignación.

Veamos el tema de las reformas desde otra perspectiva. El ámbito penal, que es el escenario de los cambios que ahora examino, es el espacio crítico de la relación entre el ser humano y el poder público. Reiteraré lo que he manifestado desde hace tiempo. Aquí entran en choque el hombre desvalido y estigmatizado --puesto que se trata de un “enemigo social”, con o sin presunción de inocencia que lo proteja-- y el Estado poderoso, depositario de la balanza y de la espada --sin venda en los ojos, desde luego--, que recaba el beneplácito social para combatir al delito y vencer al delincuente. En esas condiciones, difícilmente habría causa más perdida que la del inculcado (que por lo pronto es un ciudadano: más tarde se verá si es inocente o responsable) ni más ganada que la del Estado o la de quienes, por representarlo, ejercen el poder y esgrimen, bajo esta capa, la justicia, lo sea o no lo sea.

Es copiosa la bibliografía, receptora de una experiencia uniforme, acerca del riesgo extremo que corren la dignidad del hombre y sus derechos fundamentales en el ámbito de la justicia penal. No lo desconocen los más recientes procesos de reforma procesal penal. Sólo como ejemplo, que debiera ser familiar para el reformador mexicano, citaré expresiones del Presidente de Chile al Poder Legislativo de ese país cuando se remitió a éste la propuesta de codificación procesal penal: “Se ha dicho, con razón, 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”¹ ..

En este encuentro entre el ser humano y el Estado, que representa o dice representar a la sociedad (bien informada o hábilmente manipulada; la demagogia también tiene asiento propio en el orden de los delitos y las penas), es preciso tomar algunas decisiones fundamentales, de las que dependerán el sistema penal y todo lo que éste representa, que no es poca cosa: el control y el manejo del arsenal punitivo, desde la picota hasta el patíbulo. Esas decisiones son *selecciones político-penales* sobre las grandes cuestiones en las que se funda el correspondiente sistema, esto es, acerca del delito, el delincuente, la consecuencia jurídica de la conducta ilícita --en la mayoría de los casos, la pena--, el método para aplicar esa consecuencia al sujeto que ha incurrido en delito --o se presume que lo ha cometido-- y la forma de ejecutar aquélla.

En esos extremos de la estructura penal se dirime la antigua y persistente pugna entre democracia y autoritarismo, que tienen una posición tomada en torno a las selecciones penales, y procuran llevarla a la práctica a través de las reformas normativas. Esa toma de posición se esfuerza en las reformas legales, desde luego, pero principalmente en las constitucionales, tomando en cuenta que sobre éstas, una vez consumadas formalmente, reposará toda la tarea punitiva del Estado. Por ello los autoritarios apetecen el asalto a la Constitución; los demócratas, la defensa de los valores y principios que serán bastión del ser humano. En torno a unos y otros viajan los compañeros del camino, persuadidos o vencidos.

¹ “Mensaje del Ejecutivo” de Chile a la Cámara de Senadores de ese país a propósito de la Ley 19,696, que establece el apreciable Código Procesal Penal (*Diario Oficial* del 12 de octubre de 2000), en *Código Procesal Penal*. Edición Oficial, Editorial Jurídica Chilena, Santiago, 2003, p. 12.

El autoritarismo confía en el control social punitivo. Quiere gobernar con el código penal en la mano. De ahí que multiplique los tipos penales, incremente las calificativas, explore nuevas maneras de regular la conducta con la amenaza de la pena, invoque la seguridad para abrir la brecha de la inseguridad y ofrezca mano dura --y providente--, que en su hora será martillo sobre las libertades y las garantías de los ciudadanos.

El sistema penal de la sociedad democrática actúa de otra manera. Este confía en medios de control no punitivos; prefiere el Derecho penal mínimo; reduce el horizonte de los tipos penales y enfrenta la conducta ilícita con diversas reacciones jurídicas --civiles, administrativas--, no apenas con instrumentos penales. Lucha contra el crimen, sin pausa ni desmayo, con mano firme y fuerte, a sabiendas de que el éxito de esa lucha contribuirá a la firmeza de la democracia. Obviamente, para desarrollar la investigación exitosa se vale del progreso de la ciencia y de la técnica, no del retroceso de los derechos humanos.

El orden jurídico penal que tenemos --no me refiero sólo a México-- es depositario de varios legados. El primero y más relevante --hasta hace poco tiempo, sin duda-- proviene del pensamiento ilustrado del siglo XVIII, que imprimió un viraje profundo al antiguo régimen. De esta suerte comenzó la construcción del Derecho penal de la nueva sociedad liberal y democrática, que penetró hondamente en los siglos XIX y XX. A la herencia liberal se añadió --con claroscuros, e incluso zonas de oscuridad profunda-- el influjo del positivismo criminológico. En el primer tercio del siglo XX retornó, con expresiones inauditas, el rigor absoluto. Al cabo de la Segunda Guerra campeó nuevamente el orden penal de la sociedad democrática, que creímos establecido en definitiva, con su clara opción por el derecho penal mínimo y su amplio conjunto de derechos y garantías.

Sin embargo, en años recientes hemos desacelerado la marcha e incluso iniciado un camino de retorno, auspiciado por espesos discursos que cubren con

argumentos democráticos los retrocesos que determina el autoritarismo. Esto ha permitido la aparición de un *orden penal ambiguo*, en el que se alternan instituciones de muy diversa naturaleza: desde plausibles hasta inaceptables. La atracción que ejercen ciertas reformas progresistas, filtra reformas regresivas. Sucede lo mismo que en el mercado: un artículo “gancho” cautiva al público. Por supuesto, hay factores explicativos de la marcha errática, que amenaza con definiciones cada vez más autoritarias y se ha valido de la buena voluntad de quienes, asumiendo a ciegas aquellos argumentos, despejan el camino del retorno.

En otras ocasiones he citado el temor que expresó una destacada penalista al observar la marcha seguida por diversas reformas penales de los últimos tiempos. Estas, “en su conjunto, evidencian la situación peligrosa en que nos encontramos. Se advierte la tendencia de limitar las garantías constitucionales, porque constituyen un estorbo para el nuevo ‘sistema de justicia penal’ que pretende implantarse (...) El pretexto para estos abusos de poder es que la criminalidad crece, se organiza, está mejor pertrechada y tiene poder económico para corromper (...) Se avizora un derecho penal máximo, en vez de uno mínimo (...) Ante este porvenir, ¿cuál es el destino del Estado de derecho democrático?”²

A partir de 1917, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (un ordenamiento de asamblea revolucionaria, con signo y compromiso nacional, social, popular, democrático; de ahí las arremetidas que se le dirigen) ha recibido muy numerosas reformas. Pero durante varias décadas, prácticamente todo el tiempo transcurrido entre 1917 y 1993, fueron escasas las reformas en materia de procuración y administración de justicia ordinaria, incorporadas a intervalos más o menos largos, si se compara su número y ritmo con las concernientes al poder y a los derechos sociales. Hubo, en cambio, muy frecuentes e importantes modificaciones en la legislación secundaria, en su mayoría de signo democrático

² Islas de González Mariscal, Olga, “El desarrollo del Derecho penal mexicano en el siglo XX”, en Varios, *La ciencia del Derecho durante el siglo XX*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1998, p. 812.

(hasta los últimos años, en que apareció la ambigüedad y comenzó el giro que ahora preocupa).

Evidentemente, tiene la más alta importancia el régimen procesal penal implantado en la Constitución, como signo del rumbo del Estado y referencia para el amparo de valores y principios desde aquella eminente perspectiva. Además, concurre a establecer un derrotero para el desempeño de los tribunales. Con razón se afirma que “pocas veces se ha relacionado el funcionamiento de los sistemas judiciales con las situaciones de crisis o de alta conflictividad que azotan a nuestras sociedades: existe una visión reduccionista, superficial o interesada, que le asigna a los jueces una función tangencial dentro de la sociedad, tanto más majestuosa cuanto alejada de la realidad. Esta concepción oculta, por lo menos, dos fenómenos patológicos: por un lado, no permite advertir que todo sistema judicial ineficaz multiplica los conflictos sociales y, por ende, ahonda las situaciones críticas; por el otro, oculta que, si los sistemas judiciales no garantizan la efectiva aplicación del Derecho, los programas normativos se convierten en ficciones irritantes o juegos de palabras y, tras ellas, renace la violencia social, que agazapada amenaza a nuestros pueblos”³

En el caso que ahora nos ocupa, se echa de menos un proceso semejante al que expuso el citado “Mensaje del Ejecutivo” de Chile a la Cámara de Senadores -- para referirme solamente a un notable caso de reforma procesal penal, invocada por los legisladores mexicanos-- a propósito del proyecto de Código Procesal Penal. En este caso, el Ejecutivo manifestó a la Cámara que “se trata de una propuesta destinada a ser analizada ampliamente por la comunidad jurídica, política y por la población en general, con la expectativa de que su conocimiento y análisis pueda suscitar amplios consensos así como permitir su perfeccionamiento”. Y no sólo informó el “Mensaje” que hubo, en general, determinadas consultas, sino dio cuenta detallada, nominal, de las entidades participantes en éstas y de las personas invitadas a intervenir en el Foro de

³ “Exposición de Motivos. Introducción”, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, *Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 14.

discusión que produjo los lineamientos básicos de la reforma. Señaló, además, que para el diseño de los lineamientos básicos de la reforma se contó con un conjunto de académicos, abogados y magistrados convocados con el criterio de buscar la más amplia representatividad entre los diversos roles al interior del sistema jurídico y las diversas sensibilidades políticas, culturales e ideológicas”.⁴

El examen atento de la reforma cuya etapa principal se ha desarrollado en 2007, permitirá advertir la relación que tiene --distancia o cercanía, que en ambos sentidos hay argumentos-- con las circunstancias y los requerimientos de nuestro país. Algunos partidarios de las novedades constitucionales consideran que éstas atienden puntualmente las condiciones actuales de México y servirán para generar, sin trauma, mejores condiciones futuras. Y algunos observadores que difieren del método empleado para elaborar y consumir la reforma y de varias soluciones aportadas por ella, sostienen que éstas implican importaciones acríicas, extralógicas; tomadas por dictado de otras tradiciones jurídicas, de centros de decisión que han ganado territorios en ámbitos diversos y hoy aspiran a conquistarlos en el escenario de la justicia. Sostienen que determinados aspectos de la reforma aprobada no constituyen la reforma deseable, además de que engendran o acentúan un áspero conjunto de peligros que proliferarán en las actuales condiciones. Todo esto debiera ser objeto de estudio ponderado y objetivo. Ojalá lo hubiera sido antes reformar la ley suprema.

III. Antecedentes inmediatos y diagnóstico.

Varias iniciativas de reforma constitucional a propósito de la seguridad pública y la justicia penal fueron presentadas en 2006 y 2007 por integrantes de la Cámara de

⁴ *Código Procesal Penal*. Edición Oficial, cit., pp. 14-15.

Diputados. La primera, el 29 de septiembre de 2006; las siguientes, el 19 de diciembre del mismo año, el 6 de marzo de 2007, el 29 del propio marzo, el 25 de abril y el 4 de octubre (cinco iniciativas llevan esta misma fecha). Las Comisiones Unidas (Cámara de Diputados) formularon un dictamen, del 10 de diciembre de 2007, que abarcó todos los proyectos. Fue, como dije, debatido y aprobado en el pleno de la Cámara de Diputados el 12 de diciembre, y conocido, dictaminado, discutido y aprobado en la Cámara de Senadores el 13 del mismo mes.

Una reforma constitucional debe tener cimiento en determinado análisis de la situación que se propone atender. Es indispensable que se instale en datos fehacientes --más allá de la reiteración de discursos, aunque éstos reflejen el estado de la opinión--, del que deriven conclusiones bien fundadas y puntuales. También debe expresar persuasivamente cuáles son las causas de los problemas que denuncia y por qué no es posible resolverlos con el orden jurídico existente y se requiere, en consecuencia, realizar cambios de mayor o menor importancia. Es preciso que el legislador actúe con una clara visión de la naturaleza del problema que tiene al frente, de la pertinencia de las soluciones, de las alternativas con que cuenta y de la repercusión que tendrán sus medidas a corto, mediano y largo plazos, considerando el interés de la sociedad y la responsabilidad del Estado al atenderlo. Si no se tiene este análisis, la reforma carecerá de soporte verdadero y parecerá el producto de un interés político servido por una oportunidad propicia.

El diagnóstico que alentó la reforma de 2007 fue altamente crítico acerca de la inseguridad pública prevaleciente en México, que es notoria y abrumadora, y del sistema de justicia penal. Hubo uniformidad de opiniones, o quizás unanimidad, en el sentido de que la elevada impunidad es el principal problema que afronta el país en esta materia. Quienes suscriben diagnóstico y propuestas añaden corrupción e incapacidad profesional. Esta constelación de factores determina la situación alarmante que ha tenido a la vista el Constituyente Permanente. Por supuesto, difícilmente se podría afirmar que esas dolencias del cuerpo político y social se

curarán o siquiera aliviarán con nuevas normas. Los remedios debieran corresponder a las enfermedades.

Un análisis serio de esta cuestión manifiesta, sólo por lo que toca al problema de la impunidad, que “la probabilidad de que un delito denunciado llegue a concluir con el presunto responsable consignado ante un juez es de 13 de cada 100, es decir, una impunidad de 87 por ciento”. Bajo otras estimaciones, elaborados con métodos diversos, se llega a resultados distintos, pero todos ellos abrumadores: impunidad de 11.4 por cien, 4.6 o 3.3.⁵

Se ha informado que “85% de las víctimas no acuden a denunciar los delitos; 99% de los delincuentes no terminan condenados; 92% de las audiencias en los procesos penales se desarrollan sin la presencia del juez; 80% de los mexicanos cree que puede sobornar a los jueces; 60% de las órdenes de aprehensión no se cumplen; 40% de los presos no han recibido una sentencia condenatoria. El 80% de los detenidos nunca habló con el juez que lo condenó.”⁶

De ser exactos estos datos --e incluso en el caso de que la situación existente fuese menos grave--, ¿cuál es la solución razonable, eficaz, duradera? ¿La reforma constitucional? ¿Otras reformas?

IV. Flexibilidad en el ejercicio de la acción.

El dictamen elaborado en la Cámara de Diputados contiene una afirmación enfática, que guarda relación con el conjunto de la RC: “Uno de los presupuestos fundamentales de esta reforma constitucional es que la protección a los derechos

⁵ Cfr. Zepeda Lecuona, Guillermo, *Crimen sin castigo. Procuración de justicia penal y Ministerio Público en México*, Centro de Investigación para el Desarrollo, A. C./Fondo de Cultura Económica, México, 2004, pp. 218-221.

⁶ Carbonell, Miguel, y Ochoa Reza, Enrique, “¿Necesitamos reformar nuestro sistema de justicia penal? Algunos indicadores empíricos y teóricos”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LVII, no. 248, julio-diciembre 2007, p. 189.

humanos y las herramientas para una efectiva persecución penal son perfectamente compatibles”. La expresión --empleada a propósito del acceso del imputado a información relevante para su defensa (fracción VI del apartado A del artículo 20)-- es impecable y se podría suscribir sin reserva. Empero, la reforma misma no siempre ha trasladado a los preceptos ese ”presupuesto fundamental”, como veremos en seguida y se advertirá en el examen de otros extremos de aquélla.

Se plantean algunas objeciones de mayor calado a propósito del objeto de la investigación, que en su hora será fundamento para la apertura del proceso, o bien, para la “vinculación a proceso”, como manifiesta la reforma con terminología hechiza e inadecuada. Los críticos mencionan que se han aligerado las condiciones para la actuación penal del Estado, al prescindir de los conceptos “cuerpo del delito” o “elementos del tipo penal” y “probable responsabilidad” del inculpado. Si así fuera, la RC habría establecido condiciones de extrema laxitud y, por lo tanto, de suma gravedad.

Prefiero entender --e invito a que así se entienda-- que el cambio de palabras no significa modificación de conceptos de fondo, y que por lo tanto no “aligera” los datos de los que depende la injerencia penal del Estado. Desde una esforzada interpretación garantista compatible con el orden penal democrático, no habría reducción de derechos y enrarecimiento de garantías. De ser otra cosa, la reforma habría nacido bajo un signo ominoso que merecería el mayor reproche. A estas alturas del desarrollo penal y de la pretensión democrática, ¿es posible que el Estado imprima un giro de ciento ochenta grados en una cuestión extraordinariamente delicada, de la que dependen la seguridad y la paz de la sociedad? ¿Lo es que tras la fachada de la reforma exista o pueda prosperar un proyecto persecutorio que ponga en riesgo libertades ciudadanas, acechadas por medidas penales? Bajo las banderas de la democracia ¿se podría saludar una reforma que apareja graves peligros para este sistema de vida? Insisto: leamos la Constitución en este punto con escrúpulo garantista y entendamos que la ley

suprema mantiene la enérgica exigencia de garantías (que antes de ahora puso en predicamento la autoritaria iniciativa de reforma de 1997).

Pero mi apreciación en torno a esta materia no es coincidente --e incluso resulta discrepante-- de la que se desprende del dictamen de los diputados, ya no sólo por lo que toca a la recepción sustancial del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad, sino sobre todo por lo que atañe al material probatorio requerido para justificar la intervención estatal en los derechos y libertades de un individuo.

La propuesta que sustenta la reforma ha optado por establecer una especie de “promedio” entre los derechos de los individuos, que se propone reducir drásticamente, y las supuestas exigencias de la justicia --e incluso las alegadas características del sistema acusatorio--, que aconsejan menguar aquellos derechos a través de un “alivio” de la carga probatoria impuesta por la legislación vigente hasta ahora. En el promedio, los derechos fundamentales quedan averiados y la seguridad entra en riesgo. Veamos los razonamientos del Constituyente Permanente, acogidos en el dictamen de los diputados.

El dictamen se pronuncia por reducir los requerimientos probatorios que antes de la reforma se han impuesto al M.P. como soporte para el ejercicio de la acción. Se trata de aligerar lo que el dictamen denomina “estándar” (palabra que utiliza a menudo y para diversos efectos, con sustento discutible) de prueba. En esta materia tan trascendente, que ha convocado múltiples cuestionamientos, es importante considerar los términos explícitos del dictamen. Me permitiré citarlo *in extenso*, agregando énfasis mediante el empleo de cursivas en la transcripción de algunas expresiones. Hay casos en que la mejor refutación proviene de la simple presentación literal de los argumentos que no se comparten.

En el pórtico de sus reflexiones sobre esta cuestión, el dictamen enuncia coincidencias entre las diversas iniciativas que menciona como antecedentes del dictamen. Una de ellas corresponde a la ineficacia del sistema de justicia penal;

otra, inmediatamente después, al reiterado tema de la averiguación previa, la actividad que en ésta despliega el Ministerio Público y la necesidad de reducir exigencias que gravitan sobre el M.P. (lo cual se traduce en disminución de los derechos y garantías del inculpado, quien hasta ese momento es, sin embargo, un “presunto inocente”).

Ante el M.P. --menciona el dictamen de los diputados-- “los procedimientos son muy largos y con excesivos formalismos, el ministerio público tiene un gran protagonismo y en la etapa de averiguación previa se lleva a cabo una especie de ‘mini-juicio’, pues adquiere gran peso dentro del proceso, lo que ha propiciado que en juicio se suelen reproducir casi de manera íntegra los elementos probatorios, restando con ello importancia al juicio y la valoración objetiva que se hace de los argumentos de las partes que intervienen, generando inevitablemente que el ministerio público sea poco competitivo (sic), debilitando su efectivo desempeño”.

Por lo visto, resultó más interesante establecer en qué momento o momentos se desahogan las pruebas que fijar la mayor o menor conveniencia de hacerlo desde la perspectiva de los participantes y de la tutela de sus derechos. No es fácil entender la alusión a la poca competitividad del M.P.: ¿con quién? ¿con la contraparte? ¿no sucede exactamente lo contrario: que el inculpado y su defensor son poco competitivos, es decir, que no pueden competir con ventaja o en igualdad de condiciones con el acusador?

“Considerando que se propone la adopción de un sistema de justicia penal, de *corte garantista, con pleno respeto a los derechos humanos*, que fomente el acceso a la justicia penal de los imputados, así como de las víctimas u ofendidos, como signo de *seguridad jurídica*, a fin de evitar que la mayoría de las denuncias o querellas sean archivadas por el ministerio público, aduciendo que los datos que arroja la investigación son insuficientes para consignar los hechos al juez competente, es necesario establecer un *nivel probatorio razonable* para la emisión de la orden de aprehensión, la cual es una de las puertas de entrada al proceso

jurisdiccional, que constituya el *justo medio* entre el legítimo derecho del imputado a no ser sujeto de actos de molestia infundados, pero también su derecho fundamental a que la investigación de su posible participación en un hecho probablemente delictivo se realice ante un juez y *con todas las garantías y derechos que internacionalmente caracterizan al debido proceso en un sistema de justicia democrático*, y no de forma unilateral por la autoridad administrativa, que a la postre sería quien lo acusaría ante un juez con un cúmulo probatorio recabado sin su participación o sin una adecuada defensa, y el interés social, de sujetar a un justo proceso penal a los individuos respecto de los que existen indicios de su participación”.

Por lo anterior “*basta que el órgano de acusación presente al juzgador datos probatorios que establezcan la realización concreta del hecho que la ley señala como delito y la probable intervención del imputado en el mismo, sea como autor o como partícipe, para el libramiento de la citada orden*”. El dictamen invoca los caracteres del proceso penal acusatorio y de ahí desprende que “en el nuevo proceso resulta *imposible mantener un nivel probatorio tan alto para solicitar la orden de captura*, en razón de que el Ministerio Público *no presentará pruebas formalizadas que puedan acreditar el hecho y menos la responsabilidad penal del perseguido*”.

Para tranquilidad individual y colectiva, el dictamen asegura: “No existe un riesgo de que esta *reducción del nivel de prueba necesario para la emisión de la orden de aprehensión* sea motivo de abusos, porque *existen amplios contrapesos* que desalentarán a quienes se sientan tentados a ello, en razón de que el proceso penal será totalmente equilibrado para las partes y respetará cabalmente los derechos del inculpaado, de manera que si se obtiene una orden de captura sin que los indicios existentes puedan alcanzar en forma lícita el estatus de prueba suficiente, *sin temor a dudas se absolverá al imputado*, al incorporarse expresamente a la Constitución principios como el de presunción de inocencia, el de carga de la prueba y el de exclusión de prueba ilícitamente obtenida”.

“Dicho de otra manera, sería *contraproducente para el ministerio público* solicitar la orden de aprehensión sin tener altas probabilidades de poder acreditar el delito y la responsabilidad penal en el juicio, en razón de que ya no tendrá otra oportunidad de procesar al imputado”. “Por lo anterior (concluye el dictamen en el último párrafo que dedica a este asunto en el que se hallan en juego, con el mayor riesgo, los derechos del individuo) estas comisiones dictaminadoras consideramos procedente *atemperar el actual cúmulo probatorio que el juez debe recibir del ministerio público* para expedir una orden de aprehensión”.

Las “razones” invocadas a propósito de la orden de aprehensión vuelven a la escena, junto con la dilecta palabra “estándar”, cuando el dictamen aborda --y despacha en unos cuantos renglones, no obstante que se trata de un acto fundamental del enjuiciamiento-- la explicación acerca del denominado “auto de vinculación a proceso”.

Las consideraciones del dictamen no son persuasivas y el sistema adoptado (en el caso de que ese documento represente el sentido que tendrá la reglamentación de los mandamientos constitucionales que en este momento examino) implica un severo retroceso en el régimen constitucional de derechos y garantías, con notorio riesgo para la libertad y sin verdadero avance para la justicia. Los párrafos que he transcrito se refieren a una coyuntura extrema en el trato entre el ser humano y el poder público. No vienen al caso meros tecnicismos ni hay lugar para buenos deseos puramente especulativos.

V. Nueva relación: ministerio público-policía-ciudadano.

La reforma ha propuesto diversas novedades en el artículo 21. La investigación de los delitos corresponde (se decía “incumbe”) al Ministerio Público y a “las policías”. Ha errado el nuevo texto al referirse solamente a la investigación de los delitos, y

no a la persecución de éstos, como señalaba la fórmula anterior. En un tiempo sólo se habló de persecución (que abarca todo el quehacer del M.P. en esta materia); la investigación se añadió más tarde, innecesariamente. Persecución comprende investigación, pero ésta no incluye todos los extremos de aquélla: no, por cierto, el ejercicio de la acción y la actuación en juicio.

En el primer párrafo del artículo 21 hay otro cambio significativo. El texto original del precepto aludía a una sola corporación: la policía judicial. Hubo modificación terminológica --trivial, por cierto, como otras-- y se hizo referencia a “una policía”, sin denominarla judicial. De ahí provino una notoria anarquía terminológica: policía judicial, policía investigadora, policía ministerial. Ningún beneficio real produjo esa reforma, que pretendió corregir con cambios de terminología lo que se debía enmendar con cambios de otra naturaleza, mucho más profundos y eficaces. Por otra parte, existe una corriente unificadora de las corporaciones policiales, que desea concentrarlas en una sola institución, bajo un mismo mando, ajeno al Ministerio Público. Esta corriente ha caminado un largo trecho, pero aún no se ha consolidado. En consecuencia, el texto constitucional pasa a referirse a “policías”, en plural.

No es posible conferir a cualesquiera corporaciones la compleja encomienda de investigar delitos, porque ésta implica condiciones y preparación específicas. Y tampoco sería razonable atribuir a la policía judicial o investigadora --como se ha hecho en ocasiones-- facultades de control de motines. Empero, la idea del Constituyente Permanente ha sido incorporar a los policías de diversas especialidades en la compleja, delicada, trascendente investigación de los delitos.

Cuando el artículo 21 hace referencia a las “policías” y a la investigación de los delitos, indica que aquéllas “actuarán bajo la conducción y el mando de aquél (el Ministerio Público) en el ejercicio de esta función”. No es novedad que se pretenda extraer a la policía de la “autoridad y mando inmediato” del Ministerio Público, para incorporarla en una corporación integradora independiente del M.P., aunque se

encomiende a éste la conducción jurídica de la averiguación, referencia que de ninguna manera significa una verdadera subordinación de la policía al Ministerio Público, que es indispensable como garantía (aunque débil) de juridicidad.

En el pasado hubo intentos de imprimir este retroceso al sistema procesal penal mexicano, y más todavía, al régimen íntegro de la seguridad pública. Por supuesto, al hacer esta afirmación no juzgo, en lo absoluto, acerca de sistemas similares en otros países, que funcionan bien o mal, con excelencia o sin ella. Dejo el juicio a las respectivas experiencias nacionales. Ahora sólo me refiero a México y a su circunstancia. Si la invocación de esas experiencias puede ser útil en otros casos, aquí es indispensable analizar la medida conforme a las condiciones de nuestro medio.

El dictamen de los diputados confiesa la intención de la reforma en lo que concierne a las relaciones entre el M.P. y la policía, y entre ésta y otras autoridades, que serán sus verdaderos jefes y a las que, en consecuencia, se hallará sujeta una corporación gobernada por principios verticales de autoridad y disciplina (que no desaparecen por decreto). Ese documento dice que la “dirección y mando de la investigación por parte del ministerio público representa una dirección funcional de las labores de investigación y es *independiente de la jerarquía de la cual depende la policía, pudiendo estar administrativamente asignada a otros órganos, secretarías o incluso municipios* o bien como (sic) en las agencias de investigación de delitos, policías ministeriales o judiciales, según corresponda, de las procuradurías estatal o federal. *Esto significa que será el legislador estatal o federal el que determinará cómo será esta relación*” (énfasis agregado).

En el dictamen hay más expresiones del mismo signo. Así ocurre cuando proclama “otro avance, sin duda fundamental, (que) consiste en que el nuevo texto propuesto no prejuzga sobre la adscripción orgánica de la policía investigadora. Esto significa que corresponderá tanto a la Federación como a los estados,

decidir, en su propia legislación, la ubicación que consideren óptima para esta policía (investigadora): bien dentro de la propia institución investigadora (procuradurías), bien en otra dependencia de la administración pública como sucede en la mayoría de los países”, referencia “seductora” con la que se quiere inducir las decisiones de los legisladores nacionales. Ya sucedió en la etapa de formación de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de 1996.

Además de las inquietudes que he manifestado acerca de esta *independencia de la policía* (no sólo de los policías), observo una nueva fuente de problemas en algunas frases de los párrafos transcritos. Bajo un aparente escrúpulo federalista, lo que se hace es dispersar las soluciones sobre un tema que amerita criterios uniformes, precisamente cuando se pretende marchar hacia la uniformidad del sistema de seguridad. Ya hubo anarquía terminológica cuando la reforma de 1996 sustrajo la calificación de judicial a la policía dependiente del M.P. y dejó al garete la calificación de aquélla. Pero esa anarquía es irrelevante si se compara con la situación que crearía la diversidad de sistemas para establecer la adscripción orgánica de la policía investigadora y las líneas de autoridad a las que ésta se halla sujeta.

Demasiadas vueltas y revueltas para “desanudar” las nunca suficientemente anudadas manos de la policía. Una cosa es que ésta trabaje con diligencia y eficiencia, conforme a las técnicas de investigación *más avanzadas* --que no son, perdónese la perogrullada, las *más primitivas*--, y otra que lo haga fuera del control estricto, que por ello debe ser inmediato, de un órgano jurídico por excelencia: el M.P.

Es pertinente concluir este apartado con una reflexión que proviene de las consideraciones que he manifestado y de los riesgos que suscita la reforma. Se dice que ésta crea una nueva relación entre el Ministerio Público y la policía (o las policías). Es verdad. La nueva relación, con supuesta asepsia técnica, elimina el “yugo” del Ministerio Público sobre la policía, liberada de esa atadura

constitucional. Pero la reforma también prohija otras nuevas relaciones: entre el ciudadano y el Ministerio Público, ambos debilitados en este sector de su encuentro formal, y entre el ciudadano y las policías, éstas fortalecidas con una autonomía orgánica que constituye el primer y natural peldaño hacia una autonomía funcional.

VI. Doble sistema penal.

No hay duda sobre la gravedad que revisten las nuevas formas de criminalidad, validas de organizaciones más o menos complejas, que adoptan diversos modelos y suelen trascender ámbitos limitados y proyectarse más allá de las fronteras de una ciudad, una provincia o un país. Y no la hay acerca de la necesidad de enfrentar esa delincuencia (pero también la criminalidad tradicional, creciente y no menos lesiva para los individuos) con inteligencia, eficacia y energía. Por otra parte, no debiera existir duda acerca de la pertinencia, no menos apremiante, de llevar a cabo la prevención y persecución de los delitos en el marco del Estado de Derecho, bajo la rectoría de la Constitución que ampara los derechos y las libertades de los individuos, señala las atribuciones de las autoridades y procura el imperio de la seguridad y la justicia.

La actuación del Estado fuera del marco jurídico que debiera ceñirlo --y que acoge principios y valores característicos de una sociedad democrática-- entraña una desviación de las potestades públicas, subvierte el régimen democrático y pone a los ciudadanos en peligro grave y constante. Es en este punto donde se halla el lindero, a veces mudadizo, que separa el orden democrático del orden autoritario.

Evidentemente, los riesgos suben de punto cuando se trata de la persecución penal. De ahí que sea preciso reflexionar cuidadosamente sobre las

características del sistema que permitirá al Estado limitar por la vía penal los derechos de las personas, a veces en forma total.

Proteger a la sociedad contra la delincuencia --tarea esencial del Estado, que no se debe suprimir o entorpecer-- implica la adopción de acciones suficientes y eficaces en múltiples planos. Por supuesto, la prevención del delito y el destierro de la impunidad constituyen dos palancas poderosas en la lucha social y estatal contra el crimen. La mejor legislación y el discurso más enjundioso tropiezan cuando prevalece la impunidad y no hay medios de prevención adecuados, cuyas raíces se hallan en el conjunto de la política social. Obviamente, el destierro de la impunidad no depende de la gravedad creciente de las penas, que desemboca en demagogia penal, sino de la eficacia de las instituciones que tienen a su cargo la persecución y el enjuiciamiento de los delitos.

La exasperación social ante el crecimiento de la criminalidad, tanto tradicional como evolutiva, que ha generado condiciones extremas de inseguridad y alterado la paz y el desarrollo de las personas, trae consigo iniciativas de diverso signo. Entre éstas se halla el trato penal de la delincuencia organizada. Este tema, que ha determinado copiosas reformas legislativas y acciones políticas en el mundo entero, domina el proceso de elaboración de la reforma impulsada en 2007 y preside las expectativas que ésta promueve.

Evidentemente, la legitimidad de ciertas medidas no deriva de que se hallen recogidas en el texto constitucional, sino de su intrínseca compatibilidad con los valores y principios de una sociedad democrática. Si la inserción en la ley suprema legitimara cualquier medida, sería posible justificar los más grandes despropósitos a través del sencillo mecanismo de reforma constitucional. Dicho sea de paso, esto ha sucedido en México. Cuando los autores de proyectos controvertibles advirtieron la inconstitucionalidad de sus propuestas de legislación secundaria, sugirieron reformar la Constitución para adecuarla a aquéllas. Así ha sucedido una vez más, de manera notable, en determinados aspectos de la reforma de 2007.

Desde hace tiempo se ha insinuado, recogido o consolidado --tres pasos en una sola dirección, difícilmente reversible y sumamente preocupante-- la idea de escindir en dos direcciones el Derecho penal sustantivo, procesal y ejecutivo, que fue construido a lo largo de dos siglos de trabajo en favor de la racionalidad y la democracia. La escisión trae consigo, por lo pronto, un doble sistema de justicia penal. Así se habría quebrantado la unidad tradicional, afanosamente conseguida, y tendríamos al frente una encrucijada y un doble camino --a reserva de que luego fuese uno solo, sinuoso-- precisamente en el ámbito en el que es más necesario contar con seguridades plenas.

En primer término, existe un sistema penal “ordinario” o “regular”, en el que desembocan las mejores corrientes democráticas y garantistas. En segundo término, comienza a existir un sistema nominalmente “excepcional” o “extraordinario”, con procedimientos “ajustados” y garantías “limitadas”, supuestamente necesario para lidiar con formas complejas de criminalidad. Desde luego, el sistema extraordinario tiene constantes avances sobre los territorios del otro, y al cabo de algún tiempo pudiera convertirse en ordinario. Habría operado una ley semejante a la que se observa en economía: la moneda mala habría desplazado a la buena. En este caso, el desplazamiento significaría erosión de libertades, mengua de garantías y retraimiento de la democracia.

En México abrimos la puerta hacia el doble sistema cuando introdujimos en la Constitución, sin conciencia clara sobre el destino de nuestros pasos, un concepto importante que pudo quedar alojado en la norma secundaria: delincuencia organizada. Sin embargo, este concepto tuvo entonces un alcance moderado. No se pretendió constituirlo en eje de un nuevo orden penal extraordinario. Pero se había sembrado la semilla de una planta que crecería. Lo que pasó entonces podría ocurrir con cualquier reforma precipitada, aunque sea producto de la buena fe, si no se analiza rigurosamente su alcance ni se miden sus posibles implicaciones. La buena fe no basta para menesteres legislativos.

En 1996 se expidió la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que inició formalmente la desviación del orden penal mexicano. Por ello la denominé “*El bebé de Rosemary*”, evocando el nombre de una película de Román Polanski. En ese filme, el bebé se convertirá en un deplorable engendro, que tendrá prole. La ha tenido. Hace más de diez años denuncié el problema en varios artículos periodísticos (además de hacerlo en conferencias y trabajos académicos)⁷: En otro momento --a la vista de los resultados, no apenas de los riesgos que entrañaba-- volví a referirme al bebé de Rosemary: “inició su crecimiento y ha tenido abundante prole. Lamento no haberme equivocado. Infectó la legislación y la práctica. Creó figuras inconstitucionales. Introdujo mecanismos de negociación entre el Estado y el delincuente, sometiendo la justicia penal al juego de la oferta y la demanda. Y lo peor: generó una cultura penal que hoy lucha por sus fueros”.

A partir de la necesidad de enfrentar con eficacia la calamidad que representa la delincuencia organizada, la reforma emprendida en 2007 lleva a profundidad la escisión del ordenamiento penal, ahora por la vía constitucional. De nueva cuenta se actúa bajo el supuesto de que las leyes, y no otros problemas bien conocidos, son la fuente de frustraciones e insuficiencias en la lucha contra la delincuencia y la preservación de la seguridad pública. Consecuentemente, hay que reformar las leyes, eliminar las fronteras acostumbradas --por lo menos nominalmente-- para la actuación de las autoridades e iniciar, con toda formalidad constitucional, la era del doble sistema penal.

El dictamen de los diputados se refiere en diversos momentos a cuestiones concernientes al régimen de la delincuencia organizada. Hay un anuncio general en el dictamen, antes de ingresar en el tratamiento de las reformas específicas. “En cuanto a delincuencia organizada, dada la complejidad que requiere (*rectius*: que reviste) dicho tema por el daño que causa a la sociedad, se propone un régimen especial desde su legislación, haciendo tal tarea (se entiende que la tarea

⁷ Así, “El bebé de Rosemary” (diario *Excelsior*, primera plana, 25 de abril de 1996), “¡El bebé de Rosemary ya nació!” (*idem*, 14 de noviembre de 1996) y “Otro bebé de Rosemary” (*idem*, 12 de marzo de 1998).

legislativa) facultad exclusiva del Congreso de la Unión y definiéndola a nivel constitucional (...).”.

Hubiera sido deseable (aunque tal vez comprometedor cuando se escinde el proceso y se reduce derechos y garantías, poniendo en riesgo grave la estructura completa y el signo mismo del enjuiciamiento) colocar en un solo precepto todas las disposiciones en torno a la delincuencia organizada. Esto permitiría exhibir un régimen excepcional que difícilmente hallará justificación suficiente, salvo la deficiencia en la investigación y la debilidad en la persecución. Estas no legitiman, por sí mismas, el retroceso del proceso penal mexicano (anticipado, como señalé, por la Ley Federal de 1996).

El mencionado dictamen de los diputados asume el discurso legitimador de la escisión penal. No se pregunta por qué no es posible luchar contra la delincuencia organizada con sustento en las disposiciones ordinarias del orden procesal democrático, no obstante que éste permite, en sus formulaciones clásicas y ampliamente aceptadas, medidas tales como el cateo, la intervención de comunicaciones y la vigilancia de la autoridad como complementos del verdadero arraigo. Simplemente, da por hecho que es impracticable enfrentar la delincuencia con ortodoxia constitucional y que es preciso practicar un corte en la historia del enjuiciamiento penal, en lo que atañe a las garantías y los derechos fundamentales. La admisión dócil de propuestas que no tienen sustento en argumentos rigurosos ha impulsado muchas reformas constitucionales y legales.

El citado dictamen hace la relación de los esfuerzos legislativos, desde la década de los noventa, por “establecer reglas particulares y en ocasiones excepcionales a las disposiciones aplicables a la generalidad de los sujetos a procedimientos penales, derivado de la necesidad de contar con nuevas y más contundentes herramientas jurídicas” para perseguir empresas delictivas. En seguida sostiene que “al acentuarse de manera notable el carácter acusatorio del procedimiento penal delineado, al incorporarse explícitamente diversos principios y derechos

fundamentales que hasta ahora sólo se advertían implícitamente en la Carta Magna, es necesaria la incorporación de algunas reglas particulares aplicables a los casos de delincuencia organizada, que vienen a constituir alguna restricción a las garantías, a efecto de atender puntualmente lo previsto por el artículo 1º de la Constitución”.

En el mismo sentido se produjo el dictamen de los senadores, que también salió al paso de un temor expresado en diversos medios, inclusive en la deliberación realizada en la Cámara de Diputados. Tras aclarar que el régimen especial -- restrictivo de las tradicionales libertades del imputado-- se dirige solamente a la delincuencia organizada, insiste en que no ha sido voluntad de los diputados ni de los senadores “incluir en el régimen de delincuencia organizada las conductas de las personas en ejercicio de las garantías de libre manifestación de las ideas, libertad de imprenta, derecho a la información, derecho de asociación, libre ejercicio de la profesión y derecho de petición, por considerar que éstas son expresión del Estado democrático de derecho que postula nuestra Carta Magna”.

En su oportunidad, un grupo de diputados había manifestado temores a este respecto Finalmente, votaron en contra del proyecto. Otro tanto sucedió en la Cámara de Senadores. No todos sus integrantes comulgaron con las seguridades mencionadas en el dictamen. Siguió “flotando” la idea de que el régimen sobre delincuencia organizada podría desbordar los linderos que el discurso reformista había señalado.

La reforma, que hace de esta materia uno de sus temas medulares, se vio en la necesidad de establecer qué es la delincuencia organizada. Señaló datos nucleares de esta figura, que serán complementados por la ley secundaria. El octavo párrafo del artículo 16 indica que “por delincuencia organizada se entiende una organización (sic) de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia”. La ley suprema sólo fija algunos sencillos requisitos: a) que haya una “organización” de

hecho, concepto que es posible atender a través de un mero agrupamiento de tan limitado número de personas (la referencia “de hecho”, es decir, *de facto*, con la que se ha querido soslayar una tipicidad demasiado formal e inoperante, ¿abarca -precisamente por razones de tipicidad-- el caso en que la organización se constituya *de jure*, sorteando con expresiones ambiguas la prohibición de objeto ilícito); y b) que el agrupamiento se proponga “cometer delitos en forma permanente o reiterada”, sin mencionar qué delitos son el *objetivo* típico de la organización.

El dictamen de los diputados señala que esa definición “en esencia es una sustracción (sic) de los principales elementos de las concepciones contenidas en el marco jurídico vigente, misma que viene a delimitar el ámbito de aplicación de las *limitaciones a las garantías individuales*, desde luego con la posibilidad de que la legislación secundaria pueda otorgar mayor amplitud a las garantías restringidas en principio por la definición constitucional (...)” (énfasis agregado). El dictamen procura tranquilizar al lector alarmado y para ello asegura: “Es importante considerar que la definición contiene elementos que permiten distinguir este tipo de delito respecto de los tradicionales de asociación delictuosa, puesto que la finalidad de ésta es cometer los delitos previstos por la ley de la materia, no cualquier delito”.

Ni el dictamen ni el texto constitucional manifiestan cuáles pudieran ser esos delitos aludidos por la definición constitucional de delincuencia organizada. Ni siquiera se refiere --que sería poca cosa, pero al menos algo-- a la gravedad de los delitos *objetivo* de la sociedad criminal, a los bienes jurídicos afectados, a la trascendencia social de éstos. Tampoco hay alguna referencia orientadora o reguladora, aunque sea defectuosa, como la que contiene el segundo párrafo del artículo 19 acerca de los alcances de la prisión preventiva. En suma, operará el criterio del legislador ordinario. Cuando se multipliquen los tropiezos, deberá actuar la jurisprudencia federal. Esta se verá en la necesidad de establecer la

congruencia (¿con qué elementos accesibles e incuestionables?) entre la Constitución y las previsiones punitivas de aquel legislador.

Pudiera repetirse la experiencia desafortunada, previsible y prevista, que reunimos con la referencia a delitos graves, cuyo catálogo fue multiplicado desmesuradamente por la legislación secundaria, como se reconoce en los propios trabajos preparatorios de la reforma del 2007. Este es un ejemplo de la siembra de problemas que aportó, en algunos extremos, la reforma constitucional de 1993. En este caso, gradualmente tendríamos un elenco nutrido de delitos *objetivo* de la agrupación delictuosa, engrosado con el exclusivo propósito de desanudar las manos del Estado (¿constitucional de Derecho?), eludir las normas persecutorias ordinarias y convertir en regla el sistema de excepción. No resulta suficiente, pues, la endeble seguridad que ofrece el dictamen, cuando señala que la definición adoptada por la reforma no se refiere a cualquier delito, sino sólo a “los previstos por la ley”.

Las conocidas o nuevas implicaciones procesales --y ejecutivas-- de la hipótesis de delincuencia organizada, que hizo su primera presentación en la escena constitucional a través del artículo 16, aparecen en otros preceptos de la ley fundamental, como los artículos 18 (penúltimo y último párrafos) y 20 (apartado B, fracción III). De esta manera cunde la controvertible bifurcación del enjuiciamiento penal.

VII. Ejecución penal.

El artículo 18 se ha referido al sistema penal y a los objetivos o finalidades de éste. Por ello recogió sucesivas ideas rectoras proyectadas sobre el sistema penal en su conjunto: primero, regeneración; luego --a partir de la reforma de 1964-1965--, readaptación social, concepto de uso frecuente en el orden nacional e

internacional, que ha sido objeto de constantes debates. La reforma opta por restringir el alcance del artículo 18. Este ya no abarca el sistema penal en su conjunto, sino se reduce al sistema penitenciario, es decir, a la ejecución de la pena privativa de libertad. Quedan fuera, pues, otras consecuencias jurídicas del delito. Esta restricción, que deja un vacío, no parece afortunada.

Como dije, el concepto finalista últimamente empleado por la ley suprema a propósito del sistema penal es “readaptación social”. Desde luego, esta noción parece “pensada” para la reclusión, no para todas y cada una de las penas y medidas. Las hay, sin embargo, a las que también podría alcanzar aquel objetivo --de difícil realización, por lo demás--, como los sustitutivos de la pena privativa de la libertad: liberación bajo tratamiento, semilibertad, trabajo a favor de la comunidad.

El Constituyente Permanente, que ha invocado con gran frecuencia --y en ocasiones con acierto y de manera completa-- algunos instrumentos que forman parte del Derecho internacional de los derechos humanos, adoptados por México, no ha leído bien esta parte del ordenamiento internacional. Recordemos algunos textos, sólo como referencia. La Convención Americana sobre Derechos Humanos dice que “las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados” (artículo 5.6). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos afirma: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados (...)” (artículo 10.3).

La reforma imprime un giro llamativo a esta materia --quedando, sin embargo, a distancia de las expresiones utilizadas por la mayoría de los textos internacionales--, en tanto sustituye el objetivo de readaptación social por el fin de “reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir” (artículo 18, segundo párrafo). En otros lugares se alude también al propósito rector de reinserción (párrafos séptimo y octavo), lo que permite al Constituyente

aludir, inclusive, a un “nuevo régimen de inserción” (artículo quinto transitorio del decreto que contiene la reforma.

El dictamen “estima que ‘readaptación social’ es (un término) inadecuado para nombrar el momento en que los sentenciados terminan sus condenas y se insertan nuevamente en su entorno social (el dictamen parece ignorar que la readaptación social no es una expresión que caracterice el momento mismo en que concluye la ejecución de la condena, sino se aplica a toda la etapa que corre entre la emisión de la sentencia, el internamiento del sujeto en el reclusorio --o el inicio de la medida penal-- y el cumplimiento de la condena). Si tomamos como referente la esencia misma de la prisión, como una institución total y excluyente, inferiremos que no es posible que los sentenciados logren durante su estancia en ella una readaptación social (en efecto --comento-- esta paradoja constituye uno de los principales problemas que debe remontar la prisión). Por lo anterior --concluye el documento de los diputados--, se apoya que se cambie el término ‘readaptación social’ por el de ‘reinserción social’ y que se tenga como un nuevo objetivo el procurar que los reclusos no vuelvan a delinquir”.

Se han deslizado algunos errores en los textos del dictamen. Cabe discutir, por lo menos, la rotunda afirmación de que “no es posible que los sentenciados logren durante su estancia en ella (la prisión) una readaptación social (...)”. En efecto, no es sencillo que ese objetivo se consiga, pero tampoco es imposible. Hay experiencias que lo acreditan. Se puede, si se sabe cómo. Pero rara vez se sabe. Las consecuencias son ampliamente conocidas. El fracaso de las prisiones en nuestro país --o de algunas prisiones-- se puede poner en la cuenta de la readaptación social, ni siquiera intentada con seriedad.

Por otro lado, el propósito de que los reclusos no vuelvan a delinquir no es, en lo absoluto, un “nuevo objetivo” del sistema penitenciario. Por el contrario, constituye uno de los más antiguos objetivos. Ha cambiado la forma de procurarlo. La readaptación social se ha propuesto siempre --con buenos o malos resultados--

que el condenado no vuelva a delinquir, esto es, evitar la reincidencia. Antes, la prevención especial se vinculó con la readaptación; ahora se vinculará con la reinserción social. Las palabras son diferentes; los contenidos son, en esencia, los mismos. Ojalá que el cambio de palabras genere un cambio sustancial de resultados. No suele ocurrir.

En realidad, el cambio no resultaba indispensable, porque la readaptación social podía y debía ser entendida como capacidad de reinserción social y colocación del sujeto en condiciones de no volver a delinquir --como dijo, hace siglos, un clásico celebrado⁸--, es decir, de llevar una vida ajustada a las normas de convivencia vigentes, en ejercicio de su libertad de elección. No se trataría, pues, de “convertir” al individuo, sino de darle los elementos necesarios para optar, con libertad, por conducir su existencia conforme al ordenamiento prevaleciente.

Permítaseme reproducir algunas opiniones que he vertido en otros trabajos: “¿Qué es la readaptación social? ¿Transformación? ¿Conversión? ¿Modificación radical de la personalidad? No, desde luego. La readaptación, en una sociedad democrática, en un Estado de Derecho, tiene un significado mucho más modesto, pero también eficaz: colocar al sujeto en la posibilidad de no delinquir de nuevo; dotarlo de los medios para elegir, en libertad. No más; tampoco menos”⁹. Es decir, un proceso para la reinserción y la prevención (con libertad) de nuevos delitos.

En otra publicación afirmé: “Readaptar no es ‘convertir’ a un ser humano en alguien distinto de él mismo, adoctrinar, privar de identidad y arbitrio. Todo lo contrario: readaptar debiera ser liberar, en el más generoso sentido de la palabra; esto es, dotar al hombre de medios para que ejerza su libertad y elija, con

⁸ Jeremías Bentham sostiene, con toda certeza, el fin último de la pena: evitar nuevos delitos. “El negocio pasado --observa-- no es mas que un punto; pero lo futuro es infinito” *Tratados de legislación civil y penal (obra extractada de los manuscritos del señor Jeremís Bentham, jurisconsulto inglés, por Esteban Dumont, miembro del Consejo Representativo de Ginebra, y traducida al castellano por Ramón Salas, ciudadano español, y doctor de Salamanca)*, Ed. Nacional, Madrid, 1981, p. 252. *Bentham asigna a la pena un carácter preventivo y señala que para ello existen dos maneras de obrar: “la una corregir la voluntad, la otra quitar el poder de dañar (...) quitar al delincuente la voluntad de reincidir es reformarle”, ibidem.*

⁹ “John Howard: la obra y la enseñanza”, estudio introductorio a Howard, *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*, trad. José Esteban Calderón, Fondo de Cultura Económica, México, 2003, p. 127.

capacidad de opción (al menos relativamente), el camino que prefiera”¹⁰. En otros términos, un proceso para la reinserción y la prevención (con libertad) de nuevos delitos.

En resumen, y sin dejar de lado el arduo debate que se anima en torno a esta materia y las graves o gravísimas contradicciones que existen entre una doctrina recuperadora y una práctica devastadora, el Constituyente Permanente ha desechado el uso de una expresión que definía el sentido ético del quehacer del Estado en todo el horizonte del sistema penal, sustituyéndola por una voz que carece de resonancias éticas y se remite a un dato mecánico: la recolocación del sujeto en la sociedad libre, reinserto en ésta. Conozco los respetables pareceres que se han elevado en contra de las invocaciones a la readaptación social, pero me preocupa este “aligeramiento” de los fines y los deberes del Estado, y consecuentemente de los derechos y garantías del individuo, precisamente en una hora de retroceso del Estado social. La palabra “reinserción”, que tiene amplio uso en este campo, sugiere un acto o proceso mecánico, más bien concerniente a objetos que a personas; en efecto, insertar significa “incluir, introducir una cosa en otra. Dícese regularmente de la inclusión de algún texto o escrito en otro”.

VIII. Extinción de dominio.

Debo destacar, con gran énfasis, la necesidad de afectar rigurosamente los recursos económicos de los que se vale el delincuente o que son producto de actividades delictivas. Sería ingenuo, por ineficaz, dejar a salvo los bienes del infractor: alentaría la comisión de delitos. Lo mismo ocurre, por supuesto, en la hipótesis general de impunidad, que no es insólita en nuestro medio. La impunidad constituye, como se ha dicho siempre, el mejor aliento para la delincuencia. Y la

¹⁰ *Los personajes del cautiverio. Prisiones, prisioneros y custodios*, Ed. Porrúa, 2ª. ed., México, p. 60.

intangibilidad de patrimonios mal habidos constituye una expresión evidente de impunidad, además de ser una fuente de lucro ilícito.

La necesidad de perseguir y sancionar conductas ilícitas no implica, sin embargo, infracción del orden jurídico por el poder público, desmontaje del Estado de Derecho, abolición del régimen de garantías e inobservancia de las reglas propias del sistema jurídico democrático. Es preciso encauzar la punición por vías legítimas. Esto, que se predica de cualesquiera penas --tan rigurosas como deban ser--, también es aplicable a las consecuencias jurídicas de la conducta ilícita que ocultan su naturaleza penal bajo etiquetas engañosas.

No hay confiscación cuando se trate de “aquellos bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia”, y para este caso prevé el segundo párrafo del artículo 22 un procedimiento regido por reglas que enuncia a través de varias fracciones e incisos, que examinaré en seguida. Esta “extinción de dominio” --eufemismo que corresponde traducir como privación de propiedad o decomiso, aunque no, necesariamente, como confiscación-- es una novedad en el texto constitucional.

La extinción aparece, al igual que otras medidas, como producto de la exasperación social y gubernamental por el menguado éxito alcanzado en la lucha contra la delincuencia, que se vale de medios que aparentemente desbordan las aptitudes desplegadas por el Estado bajo las normas regulares del orden constitucional. Por lo tanto, se ha considerado necesario acudir a normas de otro signo, que antes hubieran parecido irregulares o extravagantes, y que comienzan a no serlo. De nueva cuenta surge una doble constitucionalidad en el combate a la conducta ilícita. La había, como oportunamente señalé en diversas publicaciones, desde que se introdujo la aplicación de bienes que causaran abandono. Ahora se añade un nuevo supuesto.

En los términos del dictamen de los diputados, la figura de la extinción de dominio “tiene como objetivo el enfrentar a la delincuencia de manera sistémica, afectando

directamente a la economía del crimen, aumentando sus costos y reduciendo sus ganancias, así como el ataque frontal a los factores que causan, asocian, propician o promueven el comportamiento delictivo”. Se ha querido --prosigue ese documento-- “encontrar una herramienta eficaz que coadyuve a desmembrar las organizaciones delictivas y limitar sus efectos nocivos, impedir que se reproduzcan, pero principalmente decomisar sus activos (...)”. El dictamen de las comisiones senatoriales no trae novedad con respecto a los razonamientos de los diputados: los reproduce, solidario.

La figura se encuentra vinculada sustancialmente, pues, a la persecución de los delitos, y debe ser analizada en función de estas conexiones. Puesto que se trata, como dice el dictamen de los diputados, de una figura “novedosa” y “menos complicada en su aplicación” que otros medios de privación de bienes (es decir, que prescinde de condiciones, requisitos y procedimientos generalmente exigidos en esta materia), dicho dictamen debió ser particularmente cuidadoso en la expresión de motivos, razones, alcances, limitaciones. En cambio, fue somero y multiplicó las simples invocaciones de lo que dice la reforma. Por lo pronto, el dictamen reconoce --como se acaba de ver-- que la extinción de dominio es un decomiso. Y conviene recordar que el decomiso es una pena como consecuencia de la comisión de un delito. Así lo ha considerado la legislación penal, desde siempre. Hay que recordarlo para el examen de la extinción, que haré en los siguientes párrafos.

La primera fracción de las tres que contiene el segundo párrafo del artículo 22 señala que el procedimiento de referencia “será jurisdiccional y autónomo de la materia penal”. Bien sea que la privación de dominio se reserve a la decisión de la autoridad jurisdiccional, pero resulta muy cuestionable que se pretenda alterar u ocultar la naturaleza misma de esa privación declarando que el procedimiento será autónomo del correspondiente a la materia penal. Si se lee cuidadosamente el conjunto, se advertirá que dicho procedimiento y las consecuencias que arroja se fundan inequívocamente en un supuesto delictivo: hechos de esta naturaleza; y

también se observará el esfuerzo de la reforma por desconocer esa fuente de la privación de dominio.

La segunda fracción del párrafo que ahora examino establece meridianamente la base delictiva de la privación de propiedad o extinción de dominio. Señala, literalmente, que ésta “procederá en los casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas”, con respecto a determinados bienes que se identifican en cuatro incisos. Obviamente, esos “casos” corresponden a figuras típicas. Se trata, pues, de delitos que deben ser perseguidos por la vía penal, juzgados por autoridades de este fuero y sancionados con las consecuencias jurídicas dispuestas por la legislación de la materia, una vez establecidos el hecho delictivo y la responsabilidad del inculpado. La singularidad de la norma estriba en que no es necesario que concurren plenamente estos fundamentos de la inculpación (y de una sentencia penal), porque la extinción de dominio procederá --en los términos del inciso a)-- “aun cuando no se haya dictado sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió”.

Es factible, claro está, que la propia Constitución consagre un doble sistema penal sustantivo: uno, ortodoxo, con acreditación de delito y responsabilidad, a los que siguen consecuencias punitivas, todo ello mediante sentencia; y otro, heterodoxo --o “novedoso”, si se prefiere el empleo de un eufemismo--, con soporte diferente: hechos ilícitos probados y responsabilidad todavía no probada; “medio delito”, pues, cuyo juzgamiento se encuentra apenas en un lugar del camino que en el sistema ortodoxo conduce a la sentencia condenatoria.

A cambio de que no haya sustento en una responsabilidad probada, se contempla (de manera indirecta, tortuosa) la procedencia ilícita de los bienes cuya propiedad se afecta y la mala fe de quien resienta esta afectación, extremos desvirtuables con inversión de la carga de la prueba. Esto no concuerda con la convicción del Constituyente Permanente expresada en el dictamen de los diputados (a propósito

del proceso penal): “La culpa y no la inocencia debe ser demostrada”. Si se ha querido escindir el régimen penal sustantivo, como se hace con el adjetivo, conviene advertirlo, reconocerlo y considerar las consecuencias.

El mayor problema reside en que es el propio afectado (o sedicente afectado, que en todo caso es un particular que se defiende de la imposición de una sanción por el Estado, como consecuencia de una conducta ilícita) quien debe probar su inocencia, requerimiento que contraría el principio de presunción de inocencia y la regla de que sea el Estado quien asuma la carga de la prueba, característicos del enjuiciamiento penal democrático y acogidos por la reforma. Acaso los autores de ésta consideraron que puesto que no nos hallamos ante un proceso penal, sino ante un procedimiento de carácter *sui generis*, no era indispensable observar las garantías exigidas por la propia Constitución para declarar con firmeza que hubo delito y responsabilidad y que se debe aplicar cierta sanción. Aquí la sanción se aplica sin demasiadas exigencias, porque así lo estipula la Constitución. ¿Se abre así otro camino hacia el porvenir? Muchos caminos comienzan. ¿Dónde terminan?