

LA REFORMA PROCESAL PENAL EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA: “TRANSACCIÓN Y TRANSICIÓN”

Sergio GARCÍA RAMÍREZ*

SUMARIO: I. *Consideración introductoria. La circunstancia.* II. *La reforma penal en la Constitución mexicana.* III. *Origen de la reforma de 2008. Antecedentes y diagnóstico.* IV. *“Flexibilidad” en el ejercicio de la acción.* V. *Relación Ministerio Público, policía y ciudadano.* VI. *Doble sistema.* VII. *Extinción de dominio.*

I. CONSIDERACIÓN INTRODUCTORIA. LA CIRCUNSTANCIA

México ha llevado adelante una importante reforma constitucional en materia penal, publicada en 2008, que he examinado en diversos foros y publicaciones. Elegí este tema para mi intervención en el Congreso Internacional “El constitucionalismo a dos siglos de su nacimiento en América Latina”.¹ De

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas; antiguo profesor en la Facultad de Derecho, y exmiembro de la Junta de Gobierno de la Universidad Nacional Autónoma de México. Investigador nacional emérito del Sistema Nacional de Investigadores (México). Juez (periodos 1998-2003 y 2004-2009) y presidente (2004-2008) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Procurador general de la República (1982-1988).

¹ En numerosas ocasiones —antes, durante y después del trámite parlamentario de esta reforma— me he ocupado en comentar diversos aspectos del importante cambio constitucional que motiva estas líneas. En ellas reúno brevemente, pues, reflexiones y conclusiones expuestas en otras oportunidades, con el propósito de suministrar al lector un panorama conciso de esta materia. Me remito a mis exposiciones en las IX Jornadas sobre Justicia Penal, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas (memoria en prensa), 24 de abril de 2008; el Congreso Nacional de Juzgadores del Poder Judicial de la Federación sobre la reforma constitucional en materia penal, 14 de octubre de 2008; el Seminario Internacional “El constitucionalismo mexicano. Influencias continentales y trasatlánticas”, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Senado de la República, 6 de febrero de 2009 (en prensa; aparecerá también en la obra colectiva en homenaje al profesor Emilio O. Rabasa Mishkin, auspiciada por el mismo Instituto de Investigaciones Jurídicas), y en varias publicaciones, especialmente *Revista de Derecho Procesal* (Argentina) bajo el título *El derecho procesal en vísperas del Bicentenario*, Rubinzal-Culzoni, 2010, pp. 241 y ss.; *Revista Mexicana de Justicia*, núm. 11, enero-

ahí que ahora aporte a la memoria de ese encuentro un texto que coincide con otros manejados anteriormente.

La reforma citada atañe, sobre todo, al enjuiciamiento penal. Con ella se ha procurado enfrentar dos problemas de relevancia mayor; por una parte, la profunda crisis en la seguridad pública, que hoy alcanza extremos insólitos,² y por la otra, los severos problemas existentes en la prevención, la investigación y la persecución de los delitos. Las cifras nacionales de criminalidad y la percepción social sobre la delincuencia reclaman reformas de mayor cuantía. Otro tanto ocurre en el orden del enjuiciamiento penal.

La modificación normativa a la que se refiere este artículo —con cierre en agosto de 2009— tiene relevancia histórica por su magnitud y por su prentensión. Se le califica de esta manera. Excede, con mucho, la dimensión de otras reformas aportadas a la Constitución mexicana —y por este conducto al ordenamiento integral sobre delitos, procesos y penas, desde 1917—. Sin embargo, como he observado antes, conviene recordar, en beneficio de la verdad y con sentido previsor, que la historia se recorre en dos sentidos: hacia

julio 2008, pp. 43-59; “Algunas objeciones a la reforma penal constitucional. ¿Democracia o autoritarismo?”, *Memoria del Foro Derechos humanos Heberto Castillo Martínez*, México, Fundación Heberto Castillo Martínez-Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal-Centro de Derechos Humanos “Fray Francisco de Vitoria O. P.”, 2008, pp. 91 y ss.; “La reforma penal constitucional de 2007: un proyecto ambiguo”, *Revista de Ciencias Penales. Sistema Penal*, Instituto de Formación Profesional-Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, núm. 4, octubre-diciembre 2008, pp. 33 y ss.; “Reseña legislativa sobre la reforma constitucional de 2007-2008 en materia de justicia penal y seguridad pública”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 123, septiembre-diciembre 2008, pp. 1557 y ss.; *Cuestiones jurídicas en la sociedad moderna*, México, Seminario de Cultura Mexicana-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 167 y ss.; “La reforma constitucional de 2008” en la memoria *Conclusiones del Congreso nacional de juzgadores del Poder Judicial de la Federación sobre la reforma penal constitucional 2008*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009, pp. 109 y ss.; así como las referidas en otros lugares de este trabajo. Entre todas, destaco el libro *La reforma penal constitucional (2007-2008). ¿Democracia o autoritarismo?*, 2a. ed., México, Porrúa, 2009, obra a la que aludiré con frecuencia para invocar tanto mis comentarios sobre puntos específicos como para localizar diversos textos oficiales (así, por ejemplo, el dictamen del 10 de diciembre de 2007, de la Cámara de Diputados), que revisten gran importancia para la comprensión de la reforma y que constan íntegramente en dicho libro.

² De ello dan cuenta múltiples constancias oficiales y extraoficiales. Para fines ilustrativos, mencionaré solamente una muy reciente información tomada de un diario de circulación nacional. “Según registros de *El Universal*, en el primer semestre —del 1 de enero al 29 de junio (de 2009)— se reportaron en todo el país 3 mil 247 muertes violentas (18 al día en promedio) relacionadas con actividades del crimen organizado y el narcotráfico, con lo que sumaron 11 mil 728 (al menos 12 asesinatos diarios)” en lo que va del periodo de gobierno, que inició el 1 de diciembre de 2006. “La incidencia delictiva es 67% mayor al primer semestre de 2008”. “Seis meses de extrema violencia”, en *El Universal*, 30 de junio de 2009.

adelante y hacia atrás. Esto ocurre, a mi juicio, con la reforma de 2008: hay progreso y hay retroceso. De ahí las preguntas: ¿cuál es el signo de esta reforma? ¿Democracia o autoritarismo? Así lo he planteado en un libro que revisa este tema, sus antecedentes, sus manifestaciones, sus bondades y sus peligros.³

Conviene fijar el contexto en el que aparecen estos cambios en el ordenamiento mexicano. Comparten signos y horizontes con ciertas tendencias presentes en diversos países, ampliamente examinadas y fuertemente cuestionadas. Implican una suerte de composición entre corrientes disímboles. Por una parte, acogen desarrollos que provienen de las líneas liberales y democráticas que aporta nuestra mejor tradición jurídico-política a partir del siglo XVIII; por la otra, reciben figuras y procedimientos de raíz autoritaria. En esta reforma de “transición” hay “transacciones” inquietantes, que anuncian el derecho penal y procesal penal del porvenir. Las “transacciones” han determinado el heterogéneo panorama general del sistema penal constitucional.

Recordemos la relevancia del sistema penal en el régimen total de la democracia.⁴ En él destaca el encuentro —bajo augurios ominosos— entre el poder del Estado, que se despliega en su máxima potencia, y el desvalimiento del individuo, al que se caracteriza como “enemigo social” a título de imputado. Dijo César Beccaria: “en caso de haber una exacta y universal escala de las penas y de los delitos, tendríamos una común y probable medida de los grados de tiranía y de libertad y del fondo de humanidad, o de malicia, de todas las naciones”.⁵ Y Manuel de Lardizábal y Uribe, el ilustre hispanomexicano menciona: “Nada interesa más a una nación que el tener buenas leyes criminales, porque de ellas depende su libertad civil y en gran medida la buena Constitución y seguridad del Estado”.⁶ Entre los mexicanos, Mariano Otero —uno de los autores del juicio de amparo—, atento al drama penal del siglo XIX, hizo notar: “la legislación criminal (...) es a la vez el fundamento y la prueba de las instituciones sociales”.⁷ Con razón advierte

³ García Ramírez, *La reforma penal constitucional...*, cit., p. XI.

⁴ Para un panorama de esta materia, *cf.* García Ramírez, Sergio, “Reflexiones sobre democracia y justicia penal”, en Nieto Martín, Adán (coord.), *Homenaje al doctor Marino Barbero Santos*, España, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha/Ediciones Universidad Salamanca, 2001, pp. 299 y ss.

⁵ *De los delitos y de las penas*, trad. de Juan Antonio de las Casas, con estudio introductorio de Sergio García Ramírez (“Beccaria: el hombre, la circunstancia, la obra”), 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 226.

⁶ *Discurso sobre las penas*, facsimilar, México, Porrúa, 1982, p. III. El nombre completo de la obra es *Discurso sobre las penas contraído a las Leyes Criminales de España, para facilitar su reforma*.

⁷ “Indicaciones sobre la importancia y necesidad de la reforma de las leyes penales”, en *Obras*, t. II, México, Porrúa, 1967, pp. 653 y ss.

Luigi Ferrajoli: “El derecho y el proceso penal constituyen instrumentos o condiciones de la democracia”. Esta afirmación no mira tanto hacia la “dimensión política de la democracia, la cual se expresa en el principio de las mayorías, sino a aquella sustancial que se expresa en la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos, de sus intereses materiales primarios”.⁸

Veamos en seguida algunas observaciones —y, a veces, premoniciones— de estudiosos y aplicadores del sistema penal que emerge en muchos lugares, entre ellos América Latina y, por supuesto, México. El paisaje que tuvo al frente el legislador mexicano de 2008 —impelido por exigencias imperiosas que acogen la exasperación y la desesperación de la sociedad— es compartido en la comunidad de los países americanos, aunque entre nosotros ha adquirido visibilidad y gravedad de enorme magnitud. Por lo demás, la alarma social —o al menos el desasosiego— es bien conocida en otros ámbitos. En el europeo, que analiza Winfried Hassemer, la “población (...) ya no se siente segura y, en gran medida, se presenta irritable e irrita”; sus “temores subjetivos son los que determinan las líneas de desarrollo de la política de seguridad interna”.⁹

Elías Carranza, director del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), observa “un incremento cierto de la criminalidad, tanto ordinaria o convencional como no convencional, y (...) un notorio incremento del sentimiento de inseguridad”; menciona “los reclamos a la justicia penal para que dé respuestas drásticas al delito e inclusive a problemas no delictivos sino eminentemente sociales (...)”.¹⁰

⁸ “Justicia penal y democracia. El contexto extraprocesal”, *Capítulo Criminológico*, 16, 1988, p. 3. “En los siglos XVII y XVIII el derecho penal constituyó el terreno en el que principalmente fue delineándose el modelo del Estado de Derecho. Fue con referencia al despotismo punitivo como el iusnaturalismo ilustrado llevó adelante sus batallas contra la intolerancia política y religiosa y contra el arbitrio represivo del *ancien régime*. Y fue sobre todo a través de la crítica de los sistemas penales y procesales como se fueron definiendo (...) los valores de la cultura jurídica moderna: el respeto a la persona humana, los valores ‘fundamentales’ de la vida y de la libertad personal, el nexo entre legalidad y libertad, la separación entre derecho y moral, la tolerancia, la libertad de conciencia y de palabra, los límites a la actividad del estado y la función de tutela de los derechos de los ciudadanos como su fuente primaria de legitimación”. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, 3a. ed., Madrid, Trotta, 1998, p. 24.

⁹ “El derecho penal del Estado de derecho en los tiempos del terrorismo”, en Reyna Alfaro, Luis, y Cuaresma Terán, Sergio (dirs.), *Derecho penal y Estado de derecho. Reflexiones sobre la tensión entre riesgos y seguridad*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2008, pp. 190 y ss.

¹⁰ En este contexto funcionan los sistemas de justicia penal en América Latina, agobiados por un exceso de causas que no pueden —ni en muchos casos les corresponde— resolver, constituyéndose, salvo excepciones, en focos de injusticia, con bajo nivel de credibilidad so-

El sistema penal ha reaccionado frente a un asedio de esta naturaleza, dotado de un vigor tan enérgico. Pero muchas respuestas preocupan tanto o más que los problemas que quieren resolver. A menudo estorban el desarrollo regular de la democracia y el imperio de los derechos humanos. “El derecho penal nacional —explica Mireille Delmas-Marty— tardó siglos en integrar los Derechos fundamentales, y el temor de muchos penalistas, hoy, es que la mundialización impone un derecho penal regresivo y opresivo, que sacrificaría la legitimidad con el único objetivo de ser eficaz”.¹¹ En el proceso penal europeo se plantea el “debate sobre las opciones”: *crime control* o *due process*.¹² Se halla en predicamento la permanencia de una política criminal liberal.¹³

Eugenio Raúl Zaffaroni —que ha examinado el derrotero del penalismo mexicano— comenta: tras el Estado de derecho vela armas el Estado de policía, siempre dispuesto a recuperar el espacio que pareció perder¹⁴. Previene sobre la existencia de un “avance contra el tradicional derecho penal liberal o de garantías. Se invocan estados de excepción o emergencias justificantes”. Las características de este son: “la anticipación de las barreras de punición (alcanzando a los actos preparatorios), la desproporción en las consecuencias jurídicas (penas como medidas de contención sin proporción con la lesión realmente inferida), el marcado debilitamiento de las garantías procesales y la identificación de los destinatarios mediante un fuerte giro al derecho penal de autor”.¹⁵ Ciertos problemas severos, como las drogas y el

cial, Zaffaroni, E. R. y Carranza, E. (coords.), *Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina*, México, Raoul Wallenberg Institute-Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente-Porrúa, 2007, pp. XIII y XIV.

¹¹ “Discurso”, *Panorama internacional sobre justicia penal. Proceso penal y justicia penal internacional. Culturas y sistemas jurídicos comparados. Séptimas Jornadas sobre Justicia Penal*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. XXIII.

¹² *Procesos penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia)*, trad. de Pablo Morenilla Allard, Zaragoza, Edijus, 2000, pp. 40 y 41.

¹³ *Le flou du Droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, Presses Universitaires de France, 1986, p. 171. La misma tratadista refiere su experiencia a propósito de la reforma del proceso penal en Francia: “a nuestra Comisión de justicia penal y de Derechos humanos se le reprochó varias veces estar demasiado preocupada por los Derechos fundamentales, hasta el punto de caer en el riesgo de ‘desarmar al Estado’”, “El proceso penal en Europa: perspectivas”, trad. de Pablo Morenilla Allard, *Poder Judicial*, núm. 37, 1995, pp. 87 y ss.

¹⁴ “La justicia como garante de los derechos humanos en México y América central: la independencia del juez”, *La justicia como garante de los Derechos humanos: la independencia del juez*, San José, Costa Rica, Unión Europea-Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), 1996, p. 15.

¹⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 14.

terrorismo, han ofrecido “la excusa perfecta para sembrar pánico en la población, creando una emergencia con la pretensión de que solo pueda ser paliada mediante el ejercicio ilimitado del poder punitivo y su procedimiento inquisitorio”.¹⁶

El magistrado español Perfecto Andrés Ibáñez hace ver que determinadas formas de respuesta penal “han generado su propio régimen procesal de excepción (...)”. Progresó la “terrible filosofía” que encarna en el derecho penal de autor. “Las garantías son bienes escasos, el coste que representan pertenece a la categoría de los gastos sociales improductivos, y, en consecuencia, deben ser administrados con sentido de la economía, sólo a quienes las merezcan, y, en todo caso, con tiento”.¹⁷

Es así —comenta el catedrático de la Universidad de Sevilla Miguel Polaino Navarrete— que el “pretendido y deseado Derecho penal mínimo y garantista (es) una aspiración idealista, una utopía más que una realidad”. Aquella aparece “contradicha por varios movimientos recientes que caracterizan la actual política criminal”.¹⁸

En fin —señaló, hace más de una década, la penalista mexicana Olga Islas de González Mariscal—, las reformas penales, “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 (...)” Observa que el “pretexto para estos abusos de poder es que la criminalidad crece, se organiza, está mejor pertrechada y tiene poder económico para corromper”. Así, se “avizora un derecho penal máximo, en vez de uno mínimo”. En esta situación, “¿cuál es el destino del Estado de Derecho democrático?”¹⁹

Estas preocupaciones no son ajenas a los más recientes procesos de reforma procesal penal. 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 este la propuesta de codificación procesal penal.

¹⁶ Zaffaroni, E. Raúl *et al.*, “Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina. Situación regional”, en Varios, *Los derechos fundamentales en la instrucción...*, *cit.*, p. 6.

¹⁷ “Las garantías del imputado en el proceso penal”, *Los derechos fundamentales en la instrucción...*, *cit.*, pp. 176 y ss.

¹⁸ “La controvertida legitimación del derecho penal en las sociedades modernas”, en Jakobs, Günther y Polaino Navarrete, *El derecho penal ante las sociedades modernas (dos estudios de dogmática penal y política criminal)*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2006, p. 76.

¹⁹ “El desarrollo del derecho penal mexicano en el siglo XX”, *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 812.

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 el 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.²⁰

Ahora mismo se está desarrollando un fuerte debate acerca de estas cuestiones en los Estados Unidos de América.²¹ Sus resultados influirán sobre el curso que tomen las cosas en otros medios, por la poderosa trascendencia de las soluciones que ese gran país adopta. En cierto momento, una nación arraigada en ejemplares tradiciones liberales y democráticas desvió la marcha y produjo un orden penal desbocado para hacer frente —fue la explicación— a los más graves delitos, que ponían en riesgo la seguridad y la paz de sus ciudadanos. Se exaltó la “guerra contra el mal” y se gestó lo que he llamado la “guantanamoización”²² de la justicia penal, que ha significado un gigantesco retroceso.

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,²³ 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 estas, una vez consumadas formalmente, reposará toda la tarea punitiva del Estado. Por ello los autoritarios apetece el asalto a la Constitución, y 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.

El enjuiciamiento penal en el sistema autoritario pareció fincarse en la idea de que el fin justifica los medios de los que se vale el Estado para alcanzarlo. Se absuelve del abuso y el exceso en aras del hallazgo de la verdad —que muchas veces resulta oscurecida—, la prevención general, la seguridad y la paz. En contraste, el enjuiciamiento en el sistema de orientación

²⁰ “Mensaje del Ejecutivo” de Chile a la Cámara de Senadores de ese país a propósito de la Ley 19,696, que establece el Código procesal penal (*Diario Oficial* del 12 de octubre de 2000), en *Código procesal penal*, edición oficial, Santiago, Editorial Jurídica Chilena, 2003, p. 12.

²¹ “Point, counterpunch on national security. Obama and Cheney offer contrasting views in unusual pair of speeches”, en *USA Today*, May 22-25, 2009.

²² “La reforma del proceso penal. Riesgos y desafíos”, *La reforma penal constitucional... cit.*, pp. 525 y ss.

²³ “Panorama de la justicia penal”, en varios, *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 83 y ss.

democrática, que persigue fines legítimos, se vale de medios legítimos. En esto reside su hondo significado, el dato de agudo contraste con el régimen de signo antagónico. Por ello, vale sostener que la legitimidad de los medios empleados legitima los resultados obtenidos: los medios justifican el fin. Pero en los últimos lustros llega, una vez más, la vacilación, cuando no la opción resuelta —así sea parcial, embozada— por aquellas andanzas inquisitivas.²⁴

II. LA REFORMA PENAL EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

En años recientes se ha producido un torrente de reformas penales constitucionales en el espacio del enjuiciamiento penal en México. No las hubo tan copiosas en el curso de varias décadas desde la expedición de la ley fundamental. En setenta y cinco años —es decir, hasta 1982— fueron revisados tres temas en este sector: libertad bajo caución,²⁵ sistema penitenciario —orientado hacia la readaptación social—²⁶ y menores infractores.²⁷ Entre 1982 y 1993, hubo modificaciones constitucionales sobre otros tres temas: responsabilidad de servidores públicos,²⁸ faltas de policía y buen gobierno²⁹ y libertad provisional.³⁰

La reforma penal se reanimó en 1993.³¹ A partir de ese año hubo múltiples reformas de la especie, o bien modificaciones en temas que igualmente interesaron a la regulación penal: 1994, Poder Judicial y Ministerio Público;³² 1996, varios preceptos del procedimiento penal;³³ 1999, numerosos artículos de la misma materia,³⁴ a partir de una iniciativa presidencial fuertemente autoritaria, moderada en el Senado de la República;³⁵ 2000,

²⁴ En torno a los giros contemporáneos en el derecho penal (ejemplificados en la regulación sobre el terrorismo) y las nuevas tendencias de la política criminal internacional, *cf.* Dómirre, María Cecilia, “Terrorismo y Estado de derecho (un análisis comparado de la nueva legislación antiterrorista y de la actual política criminal)”, *Criminalia*, año LXXV, núm. 1, enero-abril de 2009, pp. 78 y ss.

²⁵ *Diario Oficial* (en lo sucesivo, *DO*) de 2 de diciembre de 1948.

²⁶ *DO* de 23 de febrero de 1965 y *DO* de 4 de febrero de 1977.

²⁷ *DO* de 23 de febrero de 1965.

²⁸ *DO* de 28 de diciembre de 1982.

²⁹ *DO* de 3 de febrero de 1983.

³⁰ *DO* de 14 de enero de 1985.

³¹ *DO* de 3 de septiembre de 1993.

³² *DO* de 31 de diciembre de 1994.

³³ *DO* de 3 de julio de 1996.

³⁴ *DO* de 8 de marzo de 1999.

³⁵ Entonces comenté: “con el propósito de mejorar la lucha contra la delincuencia y cosechar en ella mejores resultados, se planteaban modificaciones todavía más reductoras de

derechos del ofendido —o de la víctima—;³⁶ 2001, cumplimiento de la pena de prisión en establecimiento cercano al domicilio del sentenciado;³⁷ 2004, seguridad nacional;³⁸ 2005 (primera reforma), Corte Penal Internacional;³⁹ 2005 (segunda), conocimiento de delitos federales por autoridades comunes en materias de competencia concurrente;⁴⁰ 2005 (tercera), supresión de la pena capital;⁴¹ 2005 (cuarta) justicia para adolescentes que incurren en conductas previstas por la ley penal,⁴² y 2008, amplia reforma penal, procesal, ejecutiva y orgánica, que ha entrado en vigor parcialmente.⁴³

III. ORIGEN DE LA REFORMA DE 2008. ANTECEDENTES Y DIAGNÓSTICO

Vayamos ahora a la gestación de la reforma de 2008. No dudo de la buena fe que prevaleció en muchos participantes en esta. Pero no se trata de aquilatar cualidades personales o profesionales. Tampoco sería posible negar que las circunstancias prevalecientes requieran acciones enérgicas y valerosas, pero bien informadas, expertas, consecuentes con los valores y principios que aloja la mejor tradición constitucional mexicana. Todo esto es cierto y se halla a salvo en mi propia reflexión acerca de la reforma constitucional. Lo que hoy viene a cuentas es la naturaleza y eficacia de las reformas

garantías que las anteriormente introducidas en la Constitución y en las leyes secundarias —especialmente la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada—, con lo que se desviaría definitivamente el enjuiciamiento penal mexicano de los patrones liberales y democráticos que lo han informado —en las normas, ciertamente—, para abrir de par en par la puerta a un sistema procesal autoritario, víspera de un orden jurídico inadmisibile, pero fácilmente predecible”. *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, 4a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 74 y ss.

³⁶ DO de 21 de septiembre de 2000.

³⁷ DO de 13 de agosto de 2001.

³⁸ DO de 5 de abril de 2004.

³⁹ DO de 20 de junio de 2005.

⁴⁰ DO de 28 de noviembre de 2005.

⁴¹ DO de 9 de diciembre de 2005.

⁴² DO de 12 de diciembre de 2005. Hubo un olvido en la reforma: no se precisó el plazo para que la Federación expidiera la ley correspondiente al ámbito federal. En consecuencia, se estimó necesario modificar artículos transitorios del decreto de 2005. En esta “reforma de la reforma” se dispone que la Federación contará con un año a partir de la entrada en vigor del decreto que reforma la reforma “para expedir las leyes y establecer las instituciones y los órganos que se requieran en el orden federal para la implantación del sistema de justicia integral para adolescentes”.

⁴³ DO de 18 de junio de 2008.

adoptadas en la ley suprema, fuente de muchos desarrollos reglamentarios, que comienzan a surgir caudalosamente.⁴⁴

La reforma que ahora comento contiene avances y retrocesos, aciertos y errores, todos ellos muy notables. No es posible —sería injusto y temerario— emitir un juicio uniforme sobre esta normativa heterogénea. Pertenece a la categoría de las “reformas ambiguas”, si se permite la expresión,⁴⁵ que al lado de notables pasos adelante ofrece desaciertos y soluciones peligrosas. Estas 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 y cristalina, que invita a saciar la sed, en el que alguien hubiese dejado caer, sin embargo, unas gotas de veneno.⁴⁶ Ya se verá el efecto general que esta inquietante mezcla produce en la fisiología de la nación.

En el ejercicio al que me referí —la conciliación de los opuestos; la solución circunstancial de litigios históricos—, la reforma contiene aportaciones de gran beneficio, consecuentes con la justicia penal liberal y democrática. Mencionaré algunas, entre varias: acento en saludables principios procesales que se hallaban, con mayor o menor evidencia, en la Constitución de 1917⁴⁷

⁴⁴ Después de la reforma de junio de 2008, se han publicado en el *Diario Oficial de la Federación* y, en su caso, en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, las siguientes disposiciones: Ley de extinción de dominio para el Distrito Federal (*Gaceta Oficial del Distrito Federal* de 8 de diciembre de 2008); Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública (*DOF*, de enero de 2009); decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Federal de Procedimientos Penales, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, del Código Penal Federal, de la Ley de la Policía Federal Preventiva, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, y de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo (*DOF*, 23 de enero de 2009); reforma al párrafo primero de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (*DOF*, 4 de mayo de 2009); Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y reforma al párrafo cuarto del artículo 197 de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (*DOF*, 29 de mayo de 2009); Ley Federal de Extinción de Dominio (*DOF*, 29 de mayo de 2009) y Ley de la Policía Federal (*DOF*, 1 de junio de 2009).

⁴⁵ García Ramírez, Sergio, “La reforma penal constitucional de 2007: un proyecto ambiguo”, *Revista de Ciencias Penales. Sistema Penal*, núm. 4, octubre-diciembre 2008, editada por el Instituto de Formación Profesional, pp. 33-55; asimismo, en *La reforma penal constitucional...*, *cit.*, pp. 537 y ss.

⁴⁶ “¿Agua y veneno? Doble sistema penal”, *Examen*, México, núm. 157, año XIX, marzo 2008, pp. 16 y 17.

⁴⁷ Islas, Olga y Ramírez, Elpidio, *El sistema procesal penal en la Constitución*, México, Porrúa, 1979, pp. 39 y ss.

—acusatorio, contradictorio, inmediación, oralidad⁴⁸ (que ha sido la “bandera” más invocada al tiempo de promover y explicar la reforma procesal constitucional), publicidad, concentración—, recepción explícita de la “presunción” de inocencia,⁴⁹ creación del juez de control,⁵⁰ establecimiento de la jurisdicción ejecutiva penal,⁵¹ énfasis en la defensa adecuada y en la buena marcha de la defensa pública⁵² —que es la ofrecida a la gran mayoría de los inculcados, aquí y en todos los países de América Latina—, ampliación y relevancia de los derechos del ofendido,⁵³ rechazo de la prueba ilícita,⁵⁴ régimen de la confesión,⁵⁵ etcétera. Hay que reconocerlo. Lo hago con énfasis.

Empero, el conjunto de las novedades plausibles se empaña con otro conjunto: las novedades cuestionadas y deplorables, que también pueblan la ley suprema y fijan la ruta de la navegación penal. Las he señalado.⁵⁶ En este capítulo se hallan la “flexibilización” del ejercicio de la acción penal, que implica reducción de derechos y garantías y grave riesgo para el Estado de derecho;⁵⁷ la relativización de la autoridad del Ministerio Público

⁴⁸ Que se identificaría mejor como “sistema acusatorio” que como “juicio oral”. Acerca de la discutible reducción del “tipo” o “sistema penal” a la oralidad, cuando destacan mejor otros datos del enjuiciamiento, *cf.* Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, “Proceso oral y abogacía”, *Estudios de teoría general, e historia del proceso*, t. I, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, pp. 16 y 17. Sobre oralidad en el texto constitucional aprobado, *cf.* Carbonell, Miguel y Ochoa Reza, Enrique, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, 4a. ed., México, Porrúa, 2009; *Varios. Jornadas iberoamericanas. Oralidad en el proceso y justicia penal alternativa*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2008, pp. 31 y ss. En relación con este tema y en general con los aspectos sobresalientes de la reforma penal constitucional de 2008, *cf.* www.reformapenal.inacipe.gob.mx. Es relevante el conjunto de artículos que aparecen en la revista (en este caso monográfica) *El Foro*, de la Barra Mexicana. Colegio de Abogados (decimoquinta época, t. XXI, núm. 2, segundo semestre 2008) bajo el título *Reforma constitucional en materia penal*.

⁴⁹ *La reforma penal constitucional...*, *cit.*, pp. 141 y ss.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 59 y ss.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 190 y ss.

⁵² *Ibidem*, pp. 156 y ss.

⁵³ *Ibidem*, pp. 165 y ss.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 138 y ss.

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 148 y ss.

⁵⁶ *Supra*, núm. 2.

⁵⁷ “Confesiones” en el dictamen del 10 de diciembre de 2007, elaborado en la Cámara de Diputados. Este documento, al que me remitiré con frecuencia, está transcrito en mi libro, ya citado, *La reforma penal constitucional...*, pp. 239 y ss.; lo relativo al “estándar de pruebas para librar órdenes de aprehensión aparece en pp. 260 y ss. Por ejemplo, “es necesario establecer un nivel probatorio razonable para la emisión de la orden de aprehensión”. En “el nuevo proceso resulta imposible mantener un nivel probatorio tan alto para solicitar la orden de captura”. Por lo que respecta al auto de formal prisión —hoy, “auto de vinculación a proceso”—, se indica que hasta ahora se utiliza un “excesivo estándar probatorio”. Dice

sobre la policía,⁵⁸ de la que provendrá una nueva relación entre esta y el ciudadano;⁵⁹ el ensanchamiento de las posibilidades de “negociación penal” a través de pactos y composiciones,⁶⁰ oferta de beneficios (sustantivos, no solamente adjetivos) para el inculpado que acepte su responsabilidad;⁶¹ un doble —y muy preocupante: ¿mascarón de proa de la nave penal del porvenir?— sistema penal: por una parte, el régimen ordinario dotado de derechos y garantías más o menos amplios, y por la otra, el sistema especial (para delincuencia organizada, pero también para otros supuestos) con evidente mengua de aquellos,⁶² sistema siempre en trance de ganar

Perfecto Andrés Ibáñez que en la “funcionalización del proceso a la democracia”, se observa que “las verdaderas resistencias a la transformación necesaria se han producido desde hace mucho bajo la forma de un vaciamiento ‘de facto’ de las garantías procesales”. “Sobre democracia y justicia penal”, en *Capítulo Criminológico...*, cit., p. 67.

⁵⁸ El dictamen mencionado en la nota precedente manifiesta 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 e incluso municipios o bien como 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”. *La reforma penal constitucional*, cit., pp. 288 y ss.

⁵⁹ Raúl Zaffaroni, Pablo Vega y Gabriela Gusi se refieren a ciertos núcleos conflictivos en la hora actual, entre los que figuran “las disposiciones que reconocen mando único a las agencias policiales sin discriminar sus funciones generales con las de naturaleza técnica inherentes al quehacer judicial, todo lo cual induce a que los agentes investigadores obedezcan preferentemente a sus mandos jerárquicos y no a los fiscales, derivándose perjuicios concretos que agudizan la situación de vulnerabilidad de las personas frente a la operatividad del sistema penal”. “Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina. Situación regional”, *Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina...*, cit., p. 19.

⁶⁰ Hay comentarios desfavorables a este fenómeno en general: se “corre el riesgo de convertir al llamado procedimiento abreviado y a otras formas de negociación vigentes en la región, en un expediente que, directamente, elimine el proceso penal, por medio de una práctica burocrática extorsiva (...) Los tribunales sentenciadores pueden reforzar esta patología procesal apelando al fácil expediente de emplear criterios represivos para quitar estímulo al rechazo de la posibilidad de negociación por parte del procesado”. Zaffaroni *et al.*, “Los derechos fundamentales...”, *Los derechos fundamentales en la instrucción...*, cit., p. 45.

⁶¹ El problema surge con la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de 1996. Examine esta materia en mi libro *Delincuencia organizada...*, cit., pp. 127 y ss.

⁶² El mencionado dictamen del 10 de diciembre de 2007 sostiene que “al acentuarse de manera notable el carácter acusatorio del procedimiento penal (...) 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”. *La reforma penal constitucional...*, cit., p. 266.

territorios;⁶³ algunas desviaciones en materia de prisión preventiva (que enarrecen la naturaleza puramente procesal de esta, acotada al caso en que se analiza e impone, pese a la intención general de reducir, la aplicación de esta medida cautelar) y sistema penitenciario;⁶⁴ la escabrosa figura de extinción de dominio, que se aparta de la ortodoxia garantista (ciertamente esta no impide la afectación de bienes producto o instrumento de la delincuencia, sino fija el procedimiento para acordar esa afectación, como cualquier otra disposición de derechos o libertades).⁶⁵ Los puntos negativos, o por lo menos muy cuestionables, no son poca cosa, desde luego, también hay que reconocerlo y no es posible aplaudirlo.

En seguida retomaré, con mayor detalle, algunos temas de la reforma constitucional apenas mencionados *supra* y determinados extremos de las propuestas que guiaron las soluciones adoptadas.

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 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 de marzo, el 25 de abril y el 4 de octubre (cinco iniciativas llevan esta misma fecha).⁶⁶ Las Comisiones Unidas (Cámara de Diputados) formularon el 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.⁶⁷

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 estos reflejen el estado de la opinión—, del que deriven conclusiones bien fundadas y puntuales. También debe expresar persuasivamente cuáles son las causas

⁶³ Ibáñez, “Las garantías del imputado...”, *Los derechos fundamentales en la instrucción...*, cit., pp. 176 y s.

⁶⁴ La reforma (artículo 18, noveno párrafo) establece centros especiales para la reclusión de inculpados o sentenciados por delincuencia organizada. Hay medidas especiales para estos inculpados y para “otros internos” que las requieran. *Cfr. La reforma penal constitucional...*, cit., pp. 188 y ss.

⁶⁵ Se dice que este procedimiento no tiene carácter penal, no obstante que sus fundamentos son estrictamente penales: comisión de determinados delitos. El dictamen advierte que la extinción procede “aun cuando no se haya dictado sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió”. *La reforma penal constitucional...*, cit., pp. 196 y ss.

⁶⁶ *La reforma penal constitucional...*, cit., pp. 17 y ss., 239 y ss., y 542.

⁶⁷ *Idem*.

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.⁶⁸

En el caso que ahora me 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 únicamente a un notable supuesto de reforma procesal penal, invocada por los legisladores mexicanos— a propósito del Código Procesal Penal. 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 solo informó el “Mensaje” que hubo, en general, determinadas consultas, sino dio cuenta detallada, nominal, de las entidades participantes en estas y de las personas invitadas a intervenir en el foro de 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”.⁶⁹

El diagnóstico que alentó la reforma de 2007 fue altamente crítico acerca de la inseguridad pública prevaeciente en México, que es notoria y abrumadora, y del sistema de justicia penal. Hubo uniformidad de opiniones, o quizá 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 permite observar, solo por lo que toca al problema de la impunidad, que “la probabilidad de que un delito denun-

⁶⁸ *Idem*, pp. 20 y 543.

⁶⁹ *Código Procesal Penal*, edición oficial, *cit.*, pp. 14 y 15.

ciado 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 3.3.⁷⁰ 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?⁷¹

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 reforma: “Uno de los presupuestos fundamentales de esta reforma constitucional es que la protección a los Derechos 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”.

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, que la tomó del ordenamiento colombiano. 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 reforma habría

⁷⁰ Zepeda Lecuona, Guillermo, *Crimen sin castigo. Procuración de justicia penal y Ministerio Público en México*, México, Centro de Investigación para el Desarrollo-Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 218-221. 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”. Carbonell, Miguel, y Ochoa Reza, Enrique, “¿Necesitamos reformar nuestro sistema de justicia penal? Algunos indicadores empíricos y teóricos”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LVII, núm. 248, julio-diciembre 2007, p. 189.

⁷¹ El animado debate sobre la reforma incluye reflexiones acerca de los “motivos” por los que algunos analistas se han pronunciado en favor y otros en contra. Con respecto a esta última posición, *cf.* Laveaga, Gerardo, “¿Quién teme a la reforma?”, *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, núm. 3, cuarta época, mayo-junio 2008, pp. 77 y ss.

establecido condiciones de extrema laxitud, las cuales serían muy graves en esta materia.

Prefiero entender 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.⁷² El dictamen se pronuncia por reducir los requerimientos probatorios que antes de la reforma se han impuesto al Ministerio Público como soporte para el ejercicio de la acción. Se trata de aligerar lo que el dictamen denomina “estándar” de prueba.⁷³ Sin embargo, mi apreciación no es coincidente —e incluso es discrepante— de la que se desprende del dictamen de los diputados, ya no solo por lo que toca a la recepción sustancial del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad, sino por lo que atañe al material probatorio que justifica 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 menaguar aquellos derechos a través de un “alivio” de la carga probatoria impuesta por la legislación garantista anterior. En el promedio, los derechos fundamentales quedan averiados y la seguridad entra en riesgo.

Veamos lo que sostiene el dictamen:

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 (...), es necesario establecer un nivel probatorio razonable (esto es, abatido, debo glosar) 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 (...).

Por ello, “*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”.

⁷² *La reforma penal constitucional...*, cit., p. 30.

⁷³ *Ibidem*, pp. 260 y ss.

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”.⁷⁴

Para tranquilidad individual y colectiva —digamos—, 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 (...), 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*”⁷⁵ (el énfasis es nuestro).

Las consideraciones del dictamen no son persuasivas y el sistema adoptado 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. Ante esto, no es razonable esgrimir tecnicismos ni hay lugar para buenos deseos puramente especulativos.

V. RELACIÓN MINISTERIO PÚBLICO-POLICÍA-CIUDADANO

La reforma trae novedades en el artículo 21 constitucional, que aloja disposiciones básicas acerca de la investigación y persecución de los delitos. La investigación corresponde al Ministerio Público y a “las policías”. El texto original del precepto aludía a una sola corporación: la policía judicial, conforme con la decisión del constituyente de 1916 y 1917.⁷⁶ No es posible conferir a cualesquiera corporaciones la compleja encomienda de investigar delitos, porque esta implica condiciones y preparación específicas, como tampoco sería razonable atribuir a la policía judicial o investigadora facultades de control de motines. Empero, la reforma ha incorporado a los policías de diversas especialidades en la compleja investigación de los delitos.

Cuando el artículo 21 hace referencia a las “policías”, indica que “actuarán bajo la conducción y el mando de aquel (el Ministerio Público)”

⁷⁴ *La reforma penal constitucional...*, *cit.*, pp. 34 y 261.

⁷⁵ *Idem*, p. 34.

⁷⁶ Artículo 21, en la versión de 1917: “La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél (...).”

en el ejercicio de la función investigadora. No es novedad que se pretenda extraer a la policía de la “autoridad y mando inmediato” del Ministerio Público para incorporarla en una corporación independiente, aunque se encomiende a este la conducción jurídica de la averiguación, referencia que de ninguna manera significa una verdadera subordinación de la policía, 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 expresar estas consideraciones me refiero solamente a nuestro medio —que es el único escenario para la operación de la reforma—, y dejo a salvo cualesquiera experiencias que pudieran sustentar otras soluciones en medios diversos.

El dictamen de los diputados confiesa la intención de la reforma en lo que concierne a las relaciones entre el Ministerio Público y la policía, y entre esta 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).⁷⁷

Además de las inquietudes que he manifestado acerca de esta independencia de la policía (no solo 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 unitarios, precisamente cuando se pretende marchar hacia la uniformidad del sistema de seguridad.

Demasiadas vueltas para “desanudar” las nunca suficientemente anudadas manos de la policía, lo cual no implica, ni remotamente —¿es preciso decirlo?—, poner obstáculos para el buen desempeño de la investigación.

⁷⁷ 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. *Cfr. La reforma penal constitucional...*, cit., pp. 27 y ss., 288 y ss.

Una cosa es que esta trabaje con diligencia y eficiencia, conforme con las técnicas de investigación más avanzadas —que no son, permítaseme 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 Ministerio Público.

Concluyo este apartado con una reflexión que he manifestado en otras ocasiones. Se dice que la reforma crea una nueva relación entre el Ministerio Público y la policía (o las policías).⁷⁸ Es verdad. La nueva relación, con supuesta asepsia técnica, elimina el “yugo” del Ministerio Público sobre la policía, liberada de esa atadura constitucional. Sin embargo, 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, estas fortalecidas con una autonomía orgánica que constituye el primer y natural peldaño hacia una autonomía funcional.⁷⁹

VI. DOBLE SISTEMA

No hay duda sobre la gravedad que revisten las nuevas formas de criminalidad; tampoco la hay acerca de la necesidad de enfrentar esa delincuencia (pero también la criminalidad tradicional) con inteligencia, eficacia y energía. Por otra parte, no debiera existir duda en torno a 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 propia de una sociedad democrática.

La actuación del Estado fuera del marco jurídico que debiera ceñirlo —y que acoge principios y valores característicos de la sociedad democrática— entraña una desviación de las potestades públicas 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 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 esta vía los derechos de las personas.

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 estas se halla el trato penal de la delincuencia

⁷⁸ *La reforma penal constitucional...*, cit., p. 29.

⁷⁹ *Idem.*

organizada. Este tema, que ha determinado copiosas reformas legislativas y acciones políticas en el mundo entero,⁸⁰ domina el proceso de elaboración de la reforma iniciada en 2007 y concluida en 2008, y preside las expectativas que esta promueve.⁸¹

Evidentemente, la legitimidad de una medida no deriva apenas de que se halle recogida en el texto constitucional, sino de su intrínseca compatibilidad con los valores y principios de la sociedad democrática.⁸² 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 aquellas.⁸³ Así ha ocurrido una vez más, de manera notable, en determinados aspectos de la reforma de 2008.

Desde hace tiempo se ha insinuado, recogido o consolidado la idea de escindir el derecho penal sustantivo, procesal y ejecutivo, que construimos en el curso de dos siglos de trabajo en favor de la racionalidad y la democracia, labor siempre asediada por el autoritarismo y sembrada de sobresaltos. La escisión trae consigo, por lo pronto, un doble sistema de justicia penal. Así se quebranta la unidad tradicional, democrática y garantista, afanosamente conseguida, y se abren una encrucijada y un doble camino —a reserva de que luego sea uno solo, sinuoso, que invita al abismo— precisamente en el ámbito en el que es más necesario contar con seguridades plenas. Eso está aconteciendo.

En primer término, existe un sistema penal “ordinario” o “regular” en el que desembocan las mejores corrientes democráticas y garantistas. En

⁸⁰ Que informaron algunas reformas mexicanas, de signo controvertible. *Cfr.* Andrade Sánchez, Eduardo, *Instrumentos jurídicos contra el crimen organizado*, México, UNAM-Senado de la República LVI Legislatura, 1996, pp. 7 y ss.; asimismo, García Ramírez, *Delincuencia organizada...*, *cit.*, pp. 50 y ss., y *Conclusiones del Congreso Nacional de Jueces del Poder Judicial...*, *cit.*, pp. 101 y ss. Tienen particular relevancia y actualidad la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, suscrita en 1988, y la Convención contra la delincuencia organizada transnacional de 2000 (Convención de Palermo). México es parte en ambos tratados.

⁸¹ *La reforma penal constitucional...*, *cit.*, pp. 50 y ss.

⁸² A este respecto hay criterios relevantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cfr.* *Opinión consultiva OC-6/86* del 9 de mayo de 1986, “La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, párrafos 21, 22, 26, 27, 29, 30, 32 y 35; *caso Baena Ricardo y otros...*, sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 170, y *caso de la Cruz Flores vs. Perú*, sentencia de 18 de noviembre de 2004, párrafos. 79-82 y 101-102.

⁸³ García Ramírez, *Delincuencia organizada...*, *cit.*, p. 50.

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 desplaza a la buena. En este caso, el desplazamiento significaría erosión de libertades, mengua de garantías y retraimiento de la democracia.⁸⁴

En México abrimos la puerta hacia el doble sistema cuando introdujimos en la Constitución, sin conciencia clara sobre el destino de nuestros pasos, la alusión a la delincuencia organizada.⁸⁵ 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.⁸⁶ En ese filme, el bebé se convertirá en un engendro que tendrá prole, origina una nueva especie. La descendencia ha llegado. Hace más de doce años denuncié el problema en varios artículos periodísticos (además de hacerlo en conferencias y trabajos académicos).⁸⁷ 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.”⁸⁸ Introdujo meca-

⁸⁴ *La reforma penal constitucional...*, cit., pp. 51.

⁸⁵ *La procuración de justicia: problemas, retos y perspectivas*, México, Procuraduría General de la República, 1993, pp. 345-443. Asimismo, *cf.* mi libro *Delincuencia organizada...*, cit., pp. 40 y ss.

⁸⁶ *Delincuencia organizada...*, cit., pp. 89 y ss.

⁸⁷ Así, “El bebé de Rosemary” (*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).

⁸⁸ Fueron inconstitucionales hasta que la reforma de 2008 las “constitucionalizó” (otra cosa es su legitimidad, pendiente de amplio análisis). Para ello invocó, sesgadamente, el artículo 1o. de la ley suprema, que acota las restricciones a las garantías individuales que deben hallarse previstas en el texto constitucional (en aplicación de un principio que pudiéramos

nismos 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”.

La reforma emprendida en 2007 lleva a profundidad la escisión del ordenamiento penal, ahora por la vía constitucional, e incorpora en este plano la era del doble sistema.

El dictamen de los diputados formula un anuncio general, 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 legislativa) facultad exclusiva del Congreso de la Unión y definiéndola a nivel constitucional (...)”.⁸⁹

Hubiera sido deseable (aunque tal vez comprometedor cuando se escinde el proceso y se reduce derechos y garantías, poniendo en riesgo 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 inmediatamente un régimen excepcional que difícilmente hallará justificación suficiente, salvo la deficiencia en la investigación y la debilidad en la persecución.

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 este permite, en sus formulaciones clásicas y ampliamente aceptadas, medidas tales como el cateo, la intervención de comunicaciones y la vigilancia de la autoridad. 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.⁹⁰

llamar “reserva de constitucionalidad”). Evidentemente, ese precepto no “invita” al Constituyente a reducir el espacio de las garantías, con el fácil método de recortarlas en el texto mismo de la ley fundamental. *Cfr.* mi crítica en *La reforma penal constitucional...*, *cit.*, p. 51.

⁸⁹ *La reforma penal constitucional...*, *cit.*, p. 259.

⁹⁰ 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 solo se advertían implícitamente en la carta magna, es necesaria la incorporación de algunas reglas particulares aplicables a los casos de delin-

En el mismo sentido se produjo el dictamen de los senadores, que quiso salir al paso de un temor expresado en diversos medios. Aclaró que el régimen especial —restrictivo de las tradicionales libertades del imputado— se dirige solamente a la delincuencia organizada, e insistió en que no se ha pretendido “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”.⁹¹

La reforma constitucional estableció qué es la delincuencia organizada; señaló datos nucleares, que serán complementados por la ley secundaria.⁹² 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 estos.⁹³ Operará el criterio del

cuencia organizada, que vienen a constituir alguna restricción a las garantías, a efecto de atender puntualmente lo previsto por el artículo 1o. de la Constitución”. Sin embargo, recordemos —como adelantamos *supra*— que este precepto no ordena reducciones de derechos y libertades: solo señala que las restricciones deben figurar en la propia carta suprema, es decir, consagra la “reserva de ley” con rango constitucional (reserva de constitucionalidad), que no significa —ni se podría pretender que lo fuera— una invitación al poder revisor para erosionar los derechos fundamentales. *Cfr. La reforma penal constitucional...*, *cit.*, p. 266.

⁹¹ *La reforma penal constitucional...*, *cit.*, p. 329.

⁹² 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 solo 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. *Cfr. La reforma penal constitucional...*, *cit.*, pp. 54 y ss. En el artículo 2 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, reformado el 23 de enero de 2009, se previene “Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada (...)”.

⁹³ Hubo cierto esfuerzo por caracterizar el alcance de los “delitos objetivo” en materia de delincuencia organizada, perfilando los bienes jurídicos comprometidos. El esfuerzo no prosperó. *Cfr. La reforma penal constitucional...*, *cit.*, pp. 102 y ss.

legislador ordinario. Cuando se multipliquen los tropiezos, deberá actuar la jurisprudencia federal. Esta se verá en la necesidad de establecer la congruencia, a través de elementos accesibles e incuestionables, entre la Constitución y las previsiones punitivas de aquel legislador. No me refiero a una apreciación puramente formal, acerca del proceso de emisión de normas, sino a una valoración material acerca de la congruencia de esas normas con los valores y principios que residen en la Constitución.

Pudiera repetirse la experiencia desafortunada, previsible y prevista que reunimos con la referencia a delitos graves,⁹⁴ cuyo catálogo fue multiplicado desmesuradamente por la legislación secundaria, como se reconoce en los propios trabajos preparatorios de la reforma del 2007.⁹⁵ 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 solo 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)⁹⁶ y 20 (apartado B, fracción III).⁹⁷ De esta manera cunde la controvertible bifurcación del enjuiciamiento penal.

⁹⁴ García Ramírez, *El nuevo procedimiento penal mexicano*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003, p. 55.

⁹⁵ *La reforma penal constitucional...*, *cit.*, pp. 554 y ss.

⁹⁶ Artículo 18. “(...) Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán purgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad.

Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculpados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos. Lo anterior podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de la ley”. *Cfr.* *La reforma penal constitucional...*, *cit.*, pp. 56 y ss.

⁹⁷ Artículo 20. “El inculpadado tendrá derecho: (...) B. (...) III. A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el

VII. EXTINCIÓN DE DOMINIO

Es preciso afectar los recursos económicos de los que se vale el delincuente o que son producto de actividades delictivas; de lo contrario se favorece la comisión de delitos. La impunidad alienta a la delincuencia, y la intangibilidad de patrimonios mal habidos constituye una expresión evidente de impunidad, además de ser una fuente de lucro ilícito. Sin embargo, la necesidad de perseguir y sancionar conductas ilícitas no implica el desmontaje del Estado de derecho y la abolición de las reglas propias del sistema jurídico democrático.

El nuevo texto del artículo 22 constitucional señala que no hay confiscación —proscrita por la ley suprema— cuando se trate de “aquellos bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia”, y para este caso prevé un procedimiento sui generis. Esta “extinción de dominio” —eufemismo que corresponde traducir como privación de propiedad o decomiso— es una novedad en el texto constitucional.

La extinción aparece, al igual que otras medidas, como producto de la exasperación social y gubernamental por los magros resultados de la lucha contra la delincuencia. Se ha considerado necesario acudir a normas de otro signo, que hubieran parecido irregulares o extravagantes, y que comienzan a no serlo. Así surge una doble constitucionalidad en el combate a la conducta ilícita; la había, como señalé en diversas publicaciones, desde que se introdujo la aplicación de bienes que causarían abandono.⁹⁸ Ahora llega 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”.⁹⁹

juéz, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten. Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador. La ley establecerá beneficios a favor del inculgado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada. (...)”; *cf.* *La reforma penal constitucional...*, *cit.*, pp. 149 y ss.

⁹⁸ *Delincuencia organizada...*, *cit.*, pp. 80 y ss., asimismo *cf.* *El nuevo procedimiento penal...*, *cit.*, pp. 165 y ss.

⁹⁹ 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 reforma penal constitucional...*, *cit.*, pp. 290 y ss.

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”¹⁰⁰ 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. No lo fue. Por lo pronto, reconoce —como se acaba de ver— que la extinción de dominio es un decomiso, es decir, una pena a partir de la comisión de un delito. Empero, el tratamiento de esta consecuencia marcha por un camino propio.

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 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. También se observará el esfuerzo de la reforma por desconocer esa fuente de la privación de dominio, con las consecuencias que derivan de tal desconocimiento.

La segunda fracción del párrafo que ahora examino establece la base delictiva de la privación de propiedad o extinción de dominio; señala que esta 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”.¹⁰¹

¹⁰⁰ *La reforma penal constitucional...*, cit., pp. 354 y ss.

¹⁰¹ *Ibidem*, pp. 355 y ss.

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”.¹⁰²

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,¹⁰³ 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 mencionados por la reforma. Acaso los autores de esta consideraron que puesto que no nos hallamos ante un proceso penal, sino ante un procedimiento sui generis, no era indispensable observar las garantías exigidas por la 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 ley suprema. ¿Se abre así otro camino hacia el porvenir? Muchos caminos comienzan. ¿Dónde terminan?¹⁰⁴ ¿Hasta dónde llega este derecho de transición, impulsado por la transacción?

¹⁰² *La reforma penal constitucional...*, cit., pp. 283.

¹⁰³ *Ibidem*, pp. 202 y ss.

¹⁰⁴ Ha iniciado la reglamentación secundaria de la figura constitucional. Hubo pareceres encontrados y soluciones de compromiso que dejaron intacta la fuente del problema: las disposiciones que a este respecto contiene la Constitución. El Distrito Federal expidió la Ley de Extinción de Dominio para el Distrito Federal (*Gaceta Oficial del Distrito Federal* del 8 de diciembre de 2008) y la Federación emitió la Ley Federal de Extinción de Dominio (*Diario Oficial de la Federación* de 29 de mayo de 2009).