

LA INICIATIVA DE REFORMA
CONSTITUCIONAL EN MATERIA PENAL
DEL 29 DE MARZO DE 2004*

Sergio GARCÍA RAMÍREZ**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Panorama de las propuestas*. Los “*sub-conjuntos*”.

I. INTRODUCCIÓN

El Ejecutivo Federal envió a la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión una iniciativa de reforma, fechada el 29 de marzo de 2004, a varios preceptos de la Constitución general de la República que contienen disposiciones de materia penal. La iniciativa contempla un amplio cambio en diversos extremos relacionados con la procuración y la administración de justicia, así como con ciertos aspectos orgánicos de la función policial. Con la iniciativa de reforma constitucional, el Ejecutivo remitió al Congreso numerosos proyectos de nuevas leyes o códigos, así como propuestas de reforma a varios ordenamientos secundarios.

Algunas noticias y comentarios sobre esta propuesta, inclusive los provenientes de fuentes oficiales, han cargado el acento sobre ciertos aspectos —o supuestos aspectos— de aquélla: se dice, por ejemplo, que la reforma tiene por fin el mejoramiento en las condiciones prevalecientes en materia de seguridad pública o que se propone incorporar en nuestro país el sistema procesal oral.

* Este material, en el que resumo intervenciones y textos anteriores, fue preparado para presentación en dos foros académicos: Quintas Jornadas sobre Justicia Penal (UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 19 de octubre de 2004), y Coloquio “XX años de Derechos Humanos en México y en la UNAM”/XIX Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos (Academia Mexicana de Derechos Humanos, 11 de noviembre de 2004).

** Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

Ese anuncio es evidentemente erróneo. Las iniciativas no se dirigen a aliviar las insoportables condiciones de inseguridad que prevalecen en el país, cuya corrección requeriría acciones de diverso carácter, emprendidas conforme a una política criminal que no ha existido en estos años y que las iniciativas no plantean. El objetivo de aquéllas es otro. Se concentra, como señalé, en la procuración y la administración de justicia, que por sí solas no podrían modificar esas condiciones de inseguridad ni reducir el crecimiento y la virulencia de la criminalidad, tanto tradicional como evolucionada. Nada podrían avanzar, por ejemplo, en la lucha contra la impunidad, que es uno de los principales factores de la inseguridad existente.

Tampoco es exacto que las propuestas del Ejecutivo planteen, como punto central, además del referido combate a la inseguridad, el sistema procesal oral. Esta referencia se ha tomado de otras reformas realizadas en el continente americano, que se suele identificar bajo el rubro de la oralidad. En realidad, aquellas propuestas pueden y deben ser consideradas desde otros ángulos, mucho más relevantes que el de la oralidad, y en todo caso vinculadas con ésta: así, la concentración, la publicidad, la reordenación del enjuiciamiento en su conjunto (con variaciones importantes en las etapas de averiguación y de proceso), por ejemplo.

Es pertinente observar que la amplia reforma planteada no ha sido objeto de previa y profunda deliberación pública, como debió ocurrir, en concepto de muchos. Los promotores de la reforma sostienen las ventajas de otro método: promover esa deliberación a partir del Congreso (como ha sucedido, aunque en forma parcial e insuficiente). Sea lo que fuere, resulta verdaderamente indispensable —apremiante, inclusive— que los proyectos sean sometidos a cuidadoso examen, para evitar pasos en falso, que generen nuevas frustraciones en el ámbito de la justicia.

Conviene tomar en cuenta algunas experiencias a propósito del torrente de reformas introducidas —a veces sin meditación suficiente— en el texto penal constitucional durante los últimos años: una buena —o mala— muestra se halla en las vicisitudes del cambio de la noción de cuerpo del delito por el concepto elementos de tipo penal (artículos 16 y 19), que debió ser rectificado al cabo de poco tiempo. También abundan ejemplos aleccionadores en la legislación secundaria: a sólo dos años de su vigencia, el “nuevo” Código Penal para el Distrito Federal ha recibido no menos de una decena de reformas. No debemos tener “prisa en equivocarnos”.

Es preciso que los legisladores cuiden con esmero la adecuación de las propuestas a las necesidades y posibilidades del medio en el que están lla-

madas a regir. Conviene evitar imitaciones extralógicas y “reformas de pizarrón”, que funcionan bien en el aula y mal en la realidad. Por supuesto, nada de ello implica, ni remotamente, que debamos hacer caso omiso de las enseñanzas del derecho comparado y que no debamos instar, a través de normas acertadas, el cambio de la realidad. Lo que implica es que se haga de manera informada, reflexiva y racional. En definitiva, se quiere —y en esto parece haber consenso— reformar el sistema penal del mejor modo posible, con el propósito, largamente acariciado, de que corresponda a las exigencias del pueblo en esta materia, que son tan numerosas como justificadas y apremiantes.

Tampoco se ha realizado, hasta donde llega mi conocimiento, un estudio serio y suficiente sobre las implicaciones administrativas y presupuestales de la reforma propuesta. La ilusión reformadora lleva a prescindir de este análisis, no obstante que el éxito de los cambios normativos dependerá, en no pequeña medida, de que se cuente con los elementos de diverso orden —humanos y financieros, los más notables, pero no notados en la promoción de la reforma— para trasladarla del papel a la realidad.

No es necesariamente afortunado el procedimiento seguido por el autor de las iniciativas en el envío de éstas al Congreso. Hubiera sido mejor, en mi concepto, allegar a éste solamente las propuestas de alcance constitucional, dejando para una segunda etapa, luego de la aprobación de dichas propuestas, las iniciativas concernientes a la normativa secundaria. Al actuar de otra forma, parece darse por aprobado lo que está pendiente de aprobación.

II. PANORAMA DE LAS PROPUESTAS. LOS “SUBCONJUNTOS”

En otras oportunidades he examinado la propuesta de reforma constitucional en forma amplia, que ahora resumo para los fines de esta presentación. Aquí recojo, en síntesis, los argumentos que he manifestado y hecho llegar a legisladores, juristas y comunicadores sociales.

A nuestro modo de ver, las propuestas que constan en el documento enviado por el Ejecutivo al Constituyente Permanente, por conducto del Senado de la República, tienen muy diversos rasgos y merecen diversas calificaciones. En ellas cabe observar la existencia de subconjuntos, más o menos deslindables.

Primer subconjunto. Hay enmiendas constitucionales —que se trasladarán a todo el sistema penal nacional— poco relevantes, de mera terminología. Algunas de éstas incurrir en confusión o inducen a ella. Ejemplos: fiscal, imputado, auto de sujeción a proceso, registros del proceso, abogado general de la Federación.

Segundo subconjunto. Se trata de propuestas plausibles y deseables, en principio, pertinentes para el progreso de la justicia penal, a la que pueden aportar beneficios.

Tercer subconjunto. En éste figuran modificaciones desacertadas y preocupantes, con signo autoritario, que pudieran traer consigo males y problemas aún peores que los que ahora existen y que se desea corregir a través de la propuesta comentada. También se halla en este subconjunto el vacío en materia de libertad provisional.

Cuarto subconjunto. En él existen propuestas que pudieran generar ventajas para la solución racional de los litigios penales, pero igualmente entrañan riesgos significativos en la medida en que su organización secundaria y, sobre todo, su realización práctica se deslicen cuesta abajo, riesgo notorio en algunos supuestos.

1. *Primer subconjunto*

Como arriba señalamos, este subconjunto se integra con una serie de cambios innecesarios, puramente retóricos o técnicos —pero sin trascendencia en la procuración e impartición de justicia—, que ciertamente no ameritan una reforma constitucional. Con frecuencia hemos caído en este género de modificaciones. Recuérdese, sólo como ejemplo, la alteración del artículo 21 constitucional que prescindió del calificativo “judicial” al referirse a la policía que auxilia al Ministerio Público en la investigación y persecución de los delitos. Nada se avanzó con este cambio, como no fuera en confusión terminológica: la policía que antes se identificaba con un solo nombre, ahora recibe varios. Carece de sentido trasladar a la Constitución la preferencia por hablar de “imputado” —y ni siquiera de manera uniforme— en vez de “inculpado”, expresiones que son, en rigor, sinónimas. No tiene sentido reincorporar, ahora a nivel constitucional, la antigua designación de “fiscal” para un funcionario que nada tiene que ver, hoy día, con la procuración de los intereses jurídicos del fisco. Tampoco parece tener sen-

tido el cambio en la denominación del consejero jurídico del gobierno, que pasaría a denominarse abogado general (*attorney general*).

2. Segundo subconjunto

A. Presunción de inocencia

En las proclamaciones contenidas en la *exposición de motivos* figura un preocupante diagnóstico de la situación prevaleciente, en concepto del autor del proyecto:

...a nadie escapa la percepción de la sociedad y de la comunidad internacional, en el sentido de que en nuestro país aún no se observa a cabalidad la presunción de inocencia, ya que los imputados son presentados por las autoridades, por los medios de comunicación y por la opinión pública en general, como responsables de los hechos delictivos que el Ministerio Público y las víctimas u ofendidos del (*sic*) delito les imputan.

Habría que hacer algo más que acuñar la presunción de inocencia en la ley fundamental para evitar que las autoridades, los medios de comunicación y la opinión pública en general consideren que los indiciados —y también, con frecuencia, personas que no tienen ese carácter— son culpables de ciertos hechos calificados como delictuosos. Habría que profundizar más en la dinámica social de estos problemas.

Evidentemente, el principio de inocencia deberá proyectarse sobre el conjunto del sistema, donde tropieza, muy a menudo, con obstáculos infranqueables. Es notoria la paradoja que surge cuando se manifiesta, por una parte, que el individuo queda cubierto por una “presunción de inocencia mientras no se declare que es responsable por sentencia emitida por los tribunales competentes” (artículo 20, apartado A), fracción I, conforme al proyecto), y por la otra se le trata como sólo se puede tratar a quien se halla bajo fuerte sospecha, y así deviene, por lo tanto, “probable culpable”, dicho en términos amplios y llanos, no muy distantes de los que utilizan los artículos 16 y 19 de la Constitución, incluso bajo los textos recogidos en el proyecto de reformas: “probable responsable”, a quien por ello se consigna, se ordena capturar y se somete a proceso. Por lo demás ¿cómo conciliar el principio de inocencia con la prisión preventiva, el arraigo y otras cautelas procesales?

B. *Prisión preventiva (reenvío)*

La paradoja flagrante que surge por el contraste entre el principio de inocencia y la prisión preventiva se muestra dramáticamente en esa misma fracción I, que comprende tanto el citado principio como, implícitamente, su patente contradicción. En efecto, la segunda parte de esa fracción recoge la declaratoria de que el inculpado “gozará de su libertad”, y acto seguido señala “excepciones”, esto es, reconoce que puede negarse la libertad y ordenarse la prisión del “presunto inocente”. Pero este no es un problema del proyecto, en sí mismo, sino una cuestión general, universal, aún pendiente de respuesta satisfactoria.

Se propone la existencia de tres supuestos de prisión preventiva, a saber:

- a) Cuando se trate de delitos calificados como graves, sin perjuicio de lo que disponga el juez;
- b) En el caso de los delitos no graves, sancionados con (pena) privativa de libertad, cuando no se garantice la reparación del daño, y
- c) En los (casos de) delitos graves y no graves cuando el juez declare la revocación de la libertad provisional.

Debo expresar reservas en cuanto a la insistencia en el concepto de “delitos graves”, cuyo pésimo manejo a través de listas insertas en los códigos procesales, que contienen relaciones en constante crecimiento, ha traído consigo una rotunda limitación a la libertad provisional y un evidente menoscabo del principio de inocencia. Era mucho mejor, en este sentido, el texto previo a la reforma constitucional de 1993, y lo es el acogido en el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, que acotan mejor el arbitrio legislativo al remitirse al término medio de la pena aplicable al delito imputado. No se trataba, ciertamente, de una solución perfecta, pero suscitaba menos problemas y errores que la aportada en 1993 y conservada en la iniciativa del 2004.

C. *Información sobre hechos imputados y derechos constitucionales*

Otro avance estimable contenido en el proyecto es el derecho del inculpado “a conocer los hechos delictivos que se le imputan y los derechos que en su favor consigna esta Constitución, a partir del momento de su detención” (fracción III, apartado A, del artículo 20).

D. *Confesión*

En la cuenta favorable de la reforma constitucional penal de 1993 se hallan el régimen actual de la confesión y el derecho al silencio. La propuesta del 2004 sigue avanzando en este camino. Si hasta hoy ha sido eficaz la confesión rendida ante el Ministerio Público o el juez, con asistencia del defensor del declarante, en lo sucesivo sería eficaz únicamente la realizada ante la propia autoridad judicial con la asistencia del defensor.

E. *Inmediación*

Celebro el derecho que se pretende incorporar en la fracción V del apartado A del artículo 20 constitucional: “derecho a que todas las audiencias se desarrollen en presencia de un juez, que escuchará a quienes intervengan en el proceso”. Así se afirma el principio de inmediación, con el que está vinculado el de oralidad. En este extremo probablemente surgirán fuertes resistencias, derivadas de la supuesta o real imposibilidad material en que se halla el juez, abrumado por un cúmulo de asuntos, para presidir de veras las audiencias y adquirir, también auténticamente, el indispensable conocimiento, que ordena la ley, del inculpado y del ofendido.

La inmediación supone un viraje de ciento ochenta grados en la forma en que se administra la justicia. En contra militará una fuerte resistencia: de las personas y de las circunstancias. Es evidente que el punto no fue consultado con juzgadores, y si lo fue, sus comentarios no tuvieron acogida. En lo personal, soy resuelto partidario de la inmediación —como lo demostré cuando presidí, en su etapa de inicio, el Tribunal Superior Agrario—, pero no dejo de reconocer que antes de “decretar” la inmediación es preciso “aportar las condiciones” para que tenga eficacia y éxito. En consecuencia, habrá que proveer al Poder Judicial con el apoyo que requiera para cumplir el deber que asume en este campo.

F. *Publicidad*

Es también plausible la reiteración o reformulación del derecho a juicio público (aunque se añada: “salvo los casos previstos en la ley”, como probable alusión a procesos abreviados o a juicios modificados bajo el régimen de oportunidad al que luego me referiré) y concentrado por lo que toca

al desahogo de las pruebas. He aquí un nuevo intento, ojalá exitoso, por asegurar intermediación, oralidad y publicidad.

G. *Defensa*

En este ámbito, el proyecto del 2004 contiene dos disposiciones relevantes. En el artículo 17, relativo al acceso a la justicia, se pretende incorporar un párrafo que proteja y fortalezca el ejercicio profesional de la abogacía. Dicho texto tiene un campo de aplicación mayor, desde luego, que el correspondiente al área penal, y en él se recoge la preocupación internacional por mejorar los denominados “estándares” para el desempeño libre, respetable y competente de esa profesión: “Las leyes federal y locales sentarán las bases para que se garanticen la libertad, la capacidad y la probidad de los abogados”.

En cuanto a la materia estrictamente penal, existe una prevención interesante: el inculcado —dirá, en su hora, la fracción II del apartado A del artículo 20 constitucional— tiene derecho “a una defensa adecuada a cargo de abogado certificado en términos de la ley, desde el momento en que el imputado comparezca ante el Fiscal del Ministerio Público y dentro de las veinticuatro horas siguientes a que quede a disposición del juez”. A falta de designación de abogado particular, el Ministerio Público o el juez, en sus casos (durante la averiguación previa, aquél, y en ocasión del proceso, éste), designarán un defensor público, que intervendrá a título gratuito.

Pudiera mejorar esta sugerencia si se amplía el derecho a la defensa adecuada, de manera que abarque todo el desarrollo del procedimiento penal, o por lo menos una parte mayor y muy significativa de éste, y no sólo la etapa en que el inculcado comparece ante el Fiscal del Ministerio Público —cosa que puede ocurrir al término de la averiguación— o después de que ha quedado a disposición del juez, y no antes de que esto acontezca —lo cual supone que ya hubo ejercicio de acción penal y probablemente libramiento y cumplimiento de orden de aprehensión, salvo los casos en que se hace la consignación con detenido a raíz de las hipótesis de urgencia o flagrancia.

No será sencillo que esta reforma ingrese en las leyes secundarias, en las formas institucionales y en las costumbres forenses. Tal vez por ello el proyectista sugirió, en el artículo primero transitorio, que la *vacatio legis* correspondiente a esa nueva disposición constitucional se extienda por dos años.

H. *Diligencia*

La fracción IX reduce los plazos contemplados en la actualidad: el juicio deberá concluir antes de seis meses si se trata de delitos no graves, y antes de un año si vienen al caso delitos graves. Aun cuando se entienden los motivos del deslinde, lo cierto es que la complejidad de una causa y el comportamiento de los participantes en ella no dependen, por fuerza, de la gravedad del delito supuestamente cometido.

I. *Nulidad de actuaciones*

La fracción XI del mismo apartado A contiene una disposición de alcance general ampliamente justificada: “Será nula de pleno derecho toda actuación de cualquier autoridad que no cumpla con los requisitos establecidos en la Constitución y en la Ley”. Es preferible esta forma de resolver el problema de los vicios procesales y sus consecuencias jurídicas, que la utilizada anteriormente: disposiciones específicas sobre la materia en relación con determinados actos, solución en la que innecesariamente insiste la fracción IV, concerniente a la confesión.

J. *Derechos en la averiguación previa (investigación)*

Acierta el proyectista, como acertó —con tropiezos más o menos importantes— su predecesor de 1993, al extender la observancia de varios derechos del inculpado en forma que abarquen tanto la averiguación previa ante el Ministerio Público como el proceso ante el órgano judicial (último párrafo del apartado A del artículo 20). Hay en este caso, sin embargo, algunas expresiones cuestionables. Cuando se dice que esos derechos son aplicables también durante la averiguación previa, “en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan”, se franquea la posibilidad de que éstas reduzcan los derechos constitucionales de manera inconsecuente con los propósitos garantistas que guiaron al Constituyente Permanente.

K. *Derechos del ofendido*

El texto vigente atribuye al ofendido el derecho a recibir asesoría jurídica. El proyecto plantea ir más lejos, o aclarar algunos aspectos oscuros de

esa garantía: “asistencia jurídica gratuita a cargo del Estado”, conforme a la fracción I del apartado B del artículo 20. La disposición sobre asesoría, que data de 1993, no se ha traducido amplia y verdaderamente en los hechos, que siguen a la zaga de las normas. He aquí un ejemplo de buenas intenciones sin acompañamiento de recursos suficientes para convertirlas en realidades.

En el desarrollo normativo y aplicativo de este derecho debiera quedar claro que la asistencia equivale a la defensa pública gratuita del inculpado, en todo lo que resulte aplicable a aquélla: el cuidado por el ofendido no tendría por qué ser menor que la atención hacia el inculpado.

El proyecto conserva la referencia a un derecho del ofendido a la reparación del daño (fracción IV del apartado B). El cuidado por los intereses y derechos del ofendido se muestra asimismo en el régimen de la libertad provisional, aunque esto sugiere reparos: en efecto, se prohíbe la libertad del inculpado en la hipótesis de delitos no graves, “cuando no se garantice la reparación del daño”. Cabe suponer que lo mismo ocurrirá —pero la iniciativa no lo dice, debiendo mencionarlo— cuando el tribunal concede la libertad en el supuesto de delitos graves. Advierto que el proyecto sólo insinúa, pero no asegura, que pudiera concederse la libertad incluso en estos casos.

A cambio del plausible énfasis en los derechos del ofendido, existe un olvido en la fracción IV del apartado B, referente al derecho de aquél a “que se le repare el daño”. Falta la necesaria alusión al perjuicio, que no se halla abarcado por el concepto de daño, y que puede ser tanto o más relevante que aquél, para el patrimonio del ofendido. La reforma de 1984 incorporó la alusión al perjuicio, y en ella insistió la de 1996, que remedió los varios desaciertos cometidos, en este campo, por la reforma de 1993.

La propuesta aventaja a la norma vigente en lo que corresponde a la limitación del careo, que constituye una restricción del tradicional derecho constitucional del inculpado y una ampliación de los derechos del ofendido. La fracción V del apartado B del artículo 20, conforme al proyecto, estatuye que la víctima o el ofendido (*rectius*, el ofendido) no estarán obligados a “carearse con el inculpado o procesado” (*rectius*, imputado, para satisfacer la opción defendida en la *exposición de motivos*) cuando aquéllos “sean menores de edad o no tengan capacidad para comprender el significado del hecho”. Hoy día, esta prevención se aplica solamente, sin razón suficiente para ello, a las hipótesis de violación o secuestro.

En la realidad, y no obstante el entusiasta patrocinio de las reformas constitucionales en esta materia, la suerte del ofendido sigue siendo generalmente deplorable. Un ejemplo más del trecho que separa las palabras de las acciones, trecho que se pudiera ensanchar a raíz de las nuevas reformas. Por otra parte, es indispensable “reprensar” la legitimación del ofendido en el enjuiciamiento. Ha llegado el momento de desechar el erróneo concepto de que la reparación del daño es una pena pública, como se ha reiterado desde 1931, y que últimamente han descartado, enhorabuena, los Códigos procesales penales de Morelos y Tabasco. Esto permite al ofendido —sin mengua del apoyo que el Ministerio Público brinde a la pretensión resarcitoria— intervenir con mayor diligencia, prestancia y eficacia en el proceso penal. Y se abre la puerta para una futura inclusión de la acción privada en la ley procesal penal mexicana.

L. Ejecución de sanciones

Una reforma de mayor envergadura, que aporta varias novedades estimables, es la contenida en la propuesta correspondiente al artículo 18. Me refiero a dos cuestiones. La primera de ellas se resume en la posibilidad de que los sentenciados extingan las sanciones impuestas “en establecimientos de readaptación social dependientes de un fuero diverso” de aquel en el que fueron condenados, por medio de convenios entre la Federación y los estados (hoy este régimen sólo es aplicable, constitucionalmente, a la ejecución en establecimientos dependientes de la Federación de sentencias dictadas en el fuero común), posibilidad que contribuye a establecer un futuro sistema nacional de ejecución de penas. También se abre la puerta de la Constitución a la ejecución de penas dictadas por jueces federales en reclusorios estatales, situación ampliamente conocida en la práctica —es, en rigor, lo que sucede en la gran mayoría de los casos, con pesado gravamen para los gobiernos locales—, pero hasta hoy no regulada en la ley fundamental.

La reforma constitucional no contiene referencia alguna al juez de ejecución de penas. La hace, en cambio, la exposición de motivos, anticipando así una probable regulación a través de la ley secundaria.

M. Justicia para adolescentes

La segunda gran cuestión que aborda la propuesta de reforma al artículo 18 constitucional atañe al sistema de justicia “penal” —una designación

errónea, en mi concepto— que se instituye con respecto a los adolescentes. En este último punto residen algunos de los más estimables progresos sugeridos por la iniciativa del Ejecutivo Federal.

La iniciativa presidencial del 2004 plantea cambios mayores en este sistema, que se analizaría, de aprobarse aquélla, en una detallada regulación constitucional a la que correspondería una nueva regulación secundaria. Se habla, como señalé, de “justicia penal para adolescentes”, y a este fin se invoca tanto la preceptiva internacional (empero, el más importante ordenamiento de la materia, la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, utiliza esta última designación) como el carácter garantista que debe tener la legislación concerniente a estos infractores de la ley penal.

Entre las novedades importantes que presentan los párrafos cuarto y siguientes del artículo 18, según la iniciativa de reformas, figura la disposición de que la Federación, los estados y el Distrito Federal establezcan “sistemas integrales de justicia penal (*sic*) para adolescentes”. Dichos sistemas se aplicarán únicamente “a las personas imputadas de realizar (*sic*) una conducta tipificada como delito por las leyes penales, cuando tenían más de doce años cumplidos y menos de dieciocho de edad”. Este texto contiene un doble acierto: primero, porque establece el principio de tipicidad para fincar la competencia material de los órganos que intervengan en estos casos, y segundo, porque unifica la edad de acceso a la justicia penal para adultos: se deja fuera a los menores de doce años.

El proyecto prohíba la adopción de medidas no privativas de libertad, preferencia que se proyecta hacia el periodo de enjuiciamiento y hacia las medidas adoptadas por el órgano jurisdiccional especializado. La iniciativa sostiene que “la privación de la libertad se utilizará sólo como medida de último recurso y por el tiempo más breve que proceda, en los términos de la legislación aplicable”.

También es importante tomar en cuenta el objetivo unificador y sistematizador que acoge el proyecto, para bien de una política social coherente en este campo, cuando atribuye al Congreso de la Unión la facultad —que se centraliza, en consecuencia— de “expedir las leyes que establezcan las bases normativas y de coordinación a las que deberán sujetarse la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el establecimiento y funcionamiento del sistema de justicia penal para adolescentes, previsto en el artículo 18 de esta Constitución” (artículo 73, fracción XXI, último párrafo). En esta misma intención coincide la posibilidad de que los gobiernos fede-

ral y locales celebren “convenios de carácter general... a efecto de que recíprocamente se auxilien en la atención de los adolescentes sujetos a medidas cautelares y de seguridad, especialmente de internamiento”, siguiendo la línea de colaboración consensual que previó, desde 1964, la reforma al artículo 18 en materia penitenciaria.

En el plano de la ejecución de medidas cautelares o de seguridad, el proyecto instituye la posibilidad de que la Federación, los estados y el Distrito Federal celebren convenios “a efecto de que recíprocamente se auxilien en la atención de los adolescentes” sujetos a aquéllas, especialmente cuando se trate de medidas de internamiento.

N. *Servicio a la comunidad*

Es posible mencionar aquí una innovación positiva en el artículo 21: servicio a favor de la comunidad, que se agrega al catálogo de sanciones en materia de infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía. Empero, el legislador no debiera perder de vista que esta medida, incorporada en el Código Penal desde 1983, debe sustentarse en la existencia de recursos de ejecución y supervisión adecuados. De lo contrario no pasa de ser “letra muerta”. No es infrecuente el caso de los juzgadores penales que no echan mano de los sustitutivos de la pena privativa de libertad porque saben que no se dispone de medios para asegurar la efectiva aplicación de dichos sustitutivos.

O. *Autonomía del Ministerio Público*

En el sector de las propuestas plausibles que contiene el proyecto de reformas, es preciso mencionar en forma especial la autonomía que se pretende otorgar a la institución del Ministerio Público, “con excepción del fuero de guerra”.

El proyecto que ahora comento aborda este punto como “autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios” (artículo 21), que son los conceptos utilizados para caracterizar la autonomía de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

La propuesta del 2004 no altera el método negociador para la designación del funcionario (artículos 76, fracción II; 78, fracción V, y 102), que ciertamente introduce factores políticos —de carácter partidista— en el nombra-

miento de funcionarios de la procuración de justicia, como también los hay, bajo sus propias normas, en la de funcionarios de la administración de justicia. Habría, sin embargo, novedades: a) la remoción del fiscal general sólo se puede practicar a través de la declaratoria de procedencia o del juicio político establecidos en el título cuarto de la Constitución (artículos 110 y 111), lo cual significa, nuevamente, consideraciones y acuerdos políticos entre los partidos con legisladores presentes en el Congreso; b) el Senado o la Comisión Permanente intervienen asimismo en la ratificación de los fiscales de circuito, cuya designación debe ser propuesta por el fiscal general (la remoción se efectúa conforme a disposiciones de la ley secundaria), cosa que abre la puerta a un procedimiento excesivamente pesado, complejo y politizado (esto, por los motivos expuestos en el párrafo anterior), que no necesariamente servirá a la buena marcha de la procuración de justicia, y c) el fiscal general dura en su encargo cinco años, y los de circuito cuatro; todos son reelegibles para un periodo igual.

La reforma propuesta a propósito de la Fiscalía General de la República se proyecta, aunque insuficientemente —y en algún extremo inconsecuentemente—, en la institución del Ministerio Público en las entidades federativas. Los artículos 116, fracción VIII, en lo que atañe a los estados de la Unión, y 122D, en lo que corresponde al Distrito Federal, prevén que la ley respectiva —la Constitución local, el Estatuto del Distrito Federal o una ley orgánica del Ministerio Público, con esta u otra denominación— dispondrán la manera de designar al titular del respectivo Ministerio Público.

El proyecto, que tal vez desea llevar a cabo una renovación integral de los funcionarios y empleados de las instituciones a cargo de la procuración de justicia —propósito que podría atender a diversos motivos, cuyo examen debieran hacer con cuidado las Cámaras del Congreso y las Legislaturas estatales—, contiene una disposición cuestionable, que transcribiré íntegramente: “Los servidores públicos de las áreas gubernamentales que son objeto de este Decreto, seguirán en funciones hasta que se determine de conformidad con los procedimientos de ingreso de personal, previstos en la ley, si ocupan cargos en los nuevos organismos y dependencias que al efecto determina o son creadas por el presente Decreto” (artículo quinto transitorio).

Ahora bien, son “áreas gubernamentales objeto del Decreto” tanto el órgano federal de procuración de justicia como los locales, al igual que la Consejería Jurídica, y también las corporaciones de policía y las instituciones de conocimiento y tratamiento de menores infractores. En consecuen-

cia, todo el personal integrado en aquéllos se halla sujeto a una especie de “valoración” a la luz de “nuevas disposiciones de ingreso de personal”, que no serán las vigentes cuando los funcionarios y empleados en servicio asumieron sus cargos y cumplieron —si fue el caso— los requisitos inherentes a su designación.

P. Seguridad pública

Se sugieren adiciones a los dos preceptos de la ley suprema que aluden a esta cuestión: 21 y 73. El objetivo común es colmar vacíos. En el caso del artículo 21, señala que el sistema nacional de seguridad pública debe estar “sustentado en la labor profesional, uniforme y coordinada de todas las corporaciones e instituciones que lo conformen”. Se entiende, pues, que el sistema no ha conseguido ese “sustento” y por ello se quiere reclamar desde el pináculo de la Constitución.

En la fracción XXIII del artículo 73 se deberá colmar otro vacío, conforme a la propuesta del Ejecutivo: las leyes que establezcan las bases de coordinación en materia de seguridad pública deberán contemplar “especialmente atribuciones para la organización y funcionamiento del sistema”.

3. Tercer subconjunto

Aludiré a aquellas otras propuestas que a mi entender debieran ser reconsideradas porque implican retrocesos graves o alteraciones muy preocupantes en el diseño democrático y progresista del sistema penal constitucional, que responde —y debe seguirlo haciendo— a las exigencias del Estado de derecho. La aprobación de algunas de ellas puede significar una seria regresión procesal y entrañar futuros cambios más que preocupantes.

A. ¿Facilitación del ejercicio de la acción?

El artículo 16 contiene los lineamientos fundamentales para el libramiento de una orden de aprehensión, que generalmente se consideran aplicables al ejercicio de la acción penal: que exista denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad, y que existan datos que acrediten el cuerpo del delito y hagan probable la responsabilidad del imputado. En el proyecto se con-

serva esta misma redacción. No obstante lo anterior, que parece preservar el sistema prevaleciente en este punto, la exposición de motivos contiene algunas indicaciones preocupantes. En ellas vincula el supuesto nuevo sistema acusatorio con un incremento de las actividades judiciales y con la facilitación del ejercicio de la acción penal.

En teoría, parece razonable descargar al Ministerio Público de una serie de actividades procesales —probatorias, en su mayoría— que condicionan el ejercicio de la acción penal y de alguna manera disminuyen la importancia de la función judicial. Por supuesto, ésta debe ser exaltada. Pero en la realidad sería muy preocupante, en mi concepto, “facilitar” la acción penal con el argumento de que el juez se encargará de reparar los entuertos que cause la consignación “a la ligera” de presuntos responsables.

B. *Libertad bajo caución*

Me parece erróneo dejar esta materia fuera del texto constitucional, como ocurre en el proyecto, cuyo extraño silencio sobre el particular carece de explicación en la exposición de motivos, explicación que sería indispensable para justificar una omisión tan importante. De tal suerte, la regulación de la libertad provisional, cuyas bases omite la ley suprema, quedaría sujeta a la diversidad de soluciones que suministre la legislación secundaria. Esto abarca la mayoría de los extremos que en la actualidad contempla la referida fracción I: especies de caución o garantía, elementos materiales y personales que es preciso tomar en cuenta para fijar la cuantía de ésta, preservación de los derechos del ofendido, acceso del inculpado a la garantía, etcétera. En mi concepto, el silencio sobre estos puntos constituye un desacierto.

C. *Delincuencia organizada*

El mismo artículo 16 del proyecto aloja otro yerro mayor —o mejor dicho: otro grave peligro— en el párrafo que establece: “La ley definirá los casos en que los delitos se considerarán como de delincuencia organizada, así como los términos y modalidades para su investigación y persecución”.

En la *exposición de motivos* se dice:

Es responsabilidad de las autoridades el generar mecanismos capaces de cerrar el paso a la delincuencia organizada, ya que de otra forma, al favorecer el garantismo (*sic*), se podría colapsar el sistema de procuración e

impartición de justicia (*sic*) en la atención de este género de ilícitos penales, debido a la volatilidad y estrategias de defensa de las organizaciones delictivas. En estos casos, el Estado debe hacer valer la supremacía de la seguridad nacional.

En conclusión: tenemos a la vista la constitucionalización de un doble sistema de enjuiciamiento, en un caso con derechos y garantías plenos, en el otro, con derechos y garantías suprimidos, reducidos o recortados. El peligro de que esto ocurriera se vio cuando aparecieron las primeras propuestas en torno a la delincuencia organizada, concepto que llegó a la Constitución en 1993, sin suficiente análisis ni medición de características y consecuencias. Luego la ominosa Ley Federal contra la Delincuencia Organizada instituyó el doble sistema, que ahora se pretende incorporar en la Constitución. He aquí una de las mayores fallas del proyecto, que de ser aprobado habría introducido en el orden jurídico procesal mexicano un caballo de Troya en contra del derecho penal garantista, propio de una sociedad democrática. Afirmo de nueva cuenta lo que dije acerca de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada: lo que al principio se plantea como solución excepcional a un problema excepcional, acaba por ser solución rutinaria a todo género de problemas. Por supuesto, no me persuade el hecho —frecuentemente invocado— de que en otros países haya instituciones semejantes a la que ahora se pretende constitucionalizar en México.

D. *“Autonomía” y concentración de la policía*

El artículo 21, conjuntamente con el 102 y otras normas concurrentes, establece la autonomía del Ministerio Público en la forma que anteriormente comentamos. Este dato positivo se oscurece, sin embargo, por la propuesta de reforma a propósito de la policía. En los términos del proyecto la investigación y la persecución se harán por el Ministerio Público “con el auxilio de la policía”. Pero sucede que el proyecto manifiesta en otra parte del artículo 21 que “la policía tendrá autonomía operativa en el ejercicio de sus funciones de investigación, que desarrollará bajo la dirección funcional de la autoridad ministerial en los términos que señale la ley”. Todo esto conduce a depender de la ley secundaria en cuanto al sentido profundo de una redacción constitucional tan ambigua y contradictoria.

Dice la exposición de motivos: “la propuesta de reforma al artículo 21 que se somete a la consideración de esta Soberanía, contempla la previsión

de la dirección funcional del Ministerio Público sobre la policía independientemente de la adscripción orgánica que la ley otorgue a dicha corporación”. Finalmente, la exposición de motivos menciona: “No obstante lo anterior, reconocemos que los cuerpos policíacos deben regirse por criterios objetivos y de alta profesionalización, razón por la cual la propuesta de reforma también contempla la autonomía técnica y operativa de la policía”.

Se ha manejado también, a la hora de reconducir a la policía judicial, investigadora o ministerial —exjudicial, exministerial, ¿exinvestigadora?—, la posibilidad de incorporarla en una nueva secretaría de Estado, denominada del Interior, que no tendría a su cargo, sin embargo, la política interior. Esta concentración de la policía arrojará —en mi concepto— consecuencias verdaderamente deplorables para la regla de legalidad en la actuación de las autoridades en un ámbito tan delicado y peligroso como lo es la justicia penal. Es indispensable que quien tiene la encomienda de analizar proyectos y aprobar leyes cifre su atención en la realidad de nuestro país, sin distraerse por las supuestas ventajas que proponen los argumentos en torno a lo que he llamado una “reforma de pizarrón”.

E. Convenios para la entrega de inculpados y sentenciados

Uno de los yerros mayores de la reforma constitucional de 1993 —que tuvo, por otra parte, diversos aciertos notables— fue la modificación del artículo 119 en lo que toca a la entrega de inculpados bajo el procedimiento que alguna vez se denominó extradición interna.

La reforma del 2004 podría corregir este aparatoso yerro. Sin embargo, no lo hace, sino lo agrava. La redacción que propone —sólo dirigida, en apariencia, a instalar la palabra “fiscal” y a recoger las implicaciones de la autonomía de la Fiscalía General de la Federación— es confusa. No queda suficientemente claro si los convenios entre cada estado y el Distrito Federal serán celebrados por las autoridades competentes en éstos para comprometer a los respectivos gobiernos, o por los fiscales individualmente. En el supuesto de convenios con la Federación, en cambio, se dispone la intervención tanto del gobierno federal como de la Fiscalía General. Tampoco queda adecuadamente establecido que los actos ejecutivos del convenio deberán ser promovidos por las fiscalías, no por alguno de sus fiscales (fiscales del Ministerio Público).

4. *Cuarto subconjunto*

Principio de oportunidad procesal

El nuevo párrafo que se propone agregar al artículo 16 señala que “el Fiscal del Ministerio Público y el Juzgador, en los casos expresamente previstos por las leyes, podrán aplicar criterios de oportunidad que fomenten el cumplimiento de los principios de procuración e impartición de justicia, previstos en esta Constitución”. El examen de esta fórmula debe ir más allá de su expresión literal, que es desafortunada y engendra equívocos.

Evidentemente, una cosa es prohiar la composición horizontal, es decir, entre víctima y victimario, plausible en determinadas hipótesis, a condición de que se evite el arrasamiento del más débil por el más fuerte, peligro siempre presente, y otra es acoger tan ampliamente la composición vertical, esto es, la que orilla a soluciones pactadas, y en definitiva “negociadas”, por la autoridad con el infractor, con o sin la intervención de la víctima del delito. Esto último —que se presenta sobre todo en el enjuiciamiento penal estadounidense y que ha ganado terreno en el derecho comparado— puede resultar admisible en ciertas hipótesis, pero también puede determinar resultados desastrosos para la justicia, cuyo nervio moral queda aquí en severo predicamento. ¿Se cree que verdaderamente existen las condiciones para impulsar una propuesta de este carácter? La pica en Flandes la puso la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Este fue el principio de un sistema llamado a extenderse —como advertí desde 1996— hacia el enjuiciamiento ordinario.

Por otra parte, la iniciativa vincula la aplicación de los criterios de oportunidad con el cumplimiento de determinados principios de procuración e impartición de justicia constitucionalmente previstos. Es evidente que la Constitución no contiene relación alguna de principios en materia de justicia, aunque a partir de sus normas es posible colegir, inductivamente, la existencia e identidad de aquéllos, con el riesgo que esto representa en el ámbito de la justicia penal.