

UNA REFORMA CONSTITUCIONAL INQUIETANTE (LA INICIATIVA DEL 9 DE DICIEMBRE DE 1997)*

SUMARIO: I. *Consideraciones introductorias.* II. *La reforma de 1993.* III. *La reforma de 1994.* IV. *La reforma de 1996: hacia un nuevo orden penal mexicano.* V. *Proyecto de reforma del 9 de diciembre de 1997.* VI. *Colofón.*

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Cada vez admiro más el oficio del legislador. De su oportunidad, prudencia y sabiduría depende, en una medida muy grande, la felicidad del pueblo, propósito del buen gobierno. Supongo que el legislador, deliberando en su fuero interno, trabajando en el rigor de su conciencia, debe vivir largas noches de angustia e insomnio. Cuando imagina una ley o recibe un proyecto, comienza el grave ejercicio de responsabilidad que concluirá en la norma positiva. Esta se agrega inmediatamente a la historia. Es historia, desde que inicia su vigencia. Y a partir de ese punto también comienza, inexorable, el juicio de la historia sobre el trabajo del legislador.

Ahora bien, el legislador tiene una ventaja sobre el juez que conoce de una contienda. El juez no puede abstenerse de sentenciar. Se le ha sustraído la posibilidad de decir, como sus colegas romanos: *non liquet*. Pero el legislador puede resistir, y a veces debe resistir. Es verdad que legislar constituye su misión y su obligación, cuando hay por qué y para qué hacerlo; pero también es verdad que no legislar puede ser otra forma de servir al pueblo y de asumir y cumplir una obligación. Supongo que éste es el primer dilema del legislador: ¿por qué y para qué legislar?

* En *El Foro*, México, décima época, t. XI, núm. 1, primer semestre, 1998, pp. 65-110, y *Criminalia*, México, año LXIV, núm. 1, enero-abril de 1998. Asimismo, ver mis comentarios respecto al dictamen elaborado por la Cámara de Senadores sobre estas mismas reformas, en el artículo: "La reforma procesal penal en la Constitución ¿Derecho democrático o Derecho autoritario?", publicado en esta misma obra. Las reformas a las que se refieren estos comentarios se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de marzo de 1999.

Ahora estamos examinando un cambio mayor en la norma penal constitucional.¹ Esto quiere decir un cambio mayor precisamente ahí donde mayores pudieran ser los bienes y los males que depara la ley a la nación y a los individuos que la integran, que somos, por cierto, nosotros mismos. En varias ocasiones he afirmado que la materia penal es el escenario crítico de los derechos humanos;² es ahí donde el hombre, su dignidad, su libertad, su presente y su porvenir quedan en el más alto riesgo. De hecho, la historia de la libertad es, de alguna manera, la historia de la función penal. Por eso merece la más honda atención, la más profunda reflexión, el más delicado examen, esta reforma penal que hoy se quiere llevar —como otras que llegaron ya— al texto constitucional.

México va entrando, por la puerta grande o por la chica, a algunas de las corrientes del sistema penal que están de moda. Con frecuencia lo hace sin el reparo de quien primero debe tomar en cuenta sus circunstancias y sus ventajas, sus tradiciones y su realidad. Es decir, en algunos casos —que no reduzco a los asuntos penales— echamos de lado el famoso “espíritu de las leyes” que debiera presidir la expedición misma de una ley, para citar al viejo Montesquieu,³ cuya enseñanza nos haría mucho bien.

Rondan las leyes ciertos vientos autoritarios. Invocaré aquí una expresión —que no es solitaria— del penalista Enrique Bacigalupo, magistrado del Tribunal Supremo de España:

Desde la segunda mitad de los años 70 se percibe una tendencia a limitar los efectos de la liberalización del Derecho penal que se propuso a mediados de la década anterior. El temor al delito y el sentimiento de inseguridad se convirtieron en un tema político general, explotado sobre todo por los movimientos conservadores y el llamado movimiento por ‘la ley y el orden’

1 Iniciativa del Ejecutivo Federal, del 9 de diciembre de 1997, para reformar, adicionar o reubicar los artículos 16, segundo párrafo; 19, párrafos primero, segundo, tercero y cuarto; 20, párrafos antepenúltimo, penúltimo y último; 22, párrafo final; y 123, párrafos primero y tercero de la fracción XIII del apartado B). Esta iniciativa fue substancialmente modificada por el dictamen elaborado por la Cámara de Senadores (1 de octubre de 1998).

2 Cfr. García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y el derecho penal*, 2a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 1988, p. 19; y “Los derechos humanos en la persecución penal”, *Temas y problemas de justicia penal*, México, Seminario de Cultura Mexicana, 1997, pp. 67 y ss.

3 Las leyes deben estar “tan ajustadas a las condiciones del pueblo para el cual se hacen, que sería una rarísima casualidad si las hechas para una nación sirvieran para otras”. Las leyes deben guardar relación con diversos datos de la realidad. Esas relaciones “forman en conjunto —escribe Montesquieu— lo que yo llamo Espíritu de las Leyes”. *El espíritu de las leyes*, 4a. ed., trad. de Nicolás Estévez, México, Porrúa, 1980, p. 6.

...Se trata de una situación que se manifiesta no tanto en una reforma del Derecho penal material como en el campo del proceso penal, donde se sostienen principios tales como la 'igualdad de armas' entre las partes del proceso (que en verdad no significa sino una desigualdad favorable a los órganos de persecución penal) y una fuerte reducción de los derechos de la defensa.⁴

Dije antes que estamos examinando una reforma mayor en la norma penal constitucional. Ésta viaja en la misma dirección que la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada; ahonda y generaliza el sistema que ese ordenamiento inició. Hay de nuevo febril inquietud legislativa. En su origen existen, es cierto, preocupaciones atendibles, y en ella han trabajado juristas y funcionarios que tienen todo mi respeto por su larga dedicación al derecho y su amor por la justicia. Yo no discuto, por eso, la excelencia de sus promotores o autores. Doy fe de ella.

Lo que me sobresalta es la visión de un derecho penal que se desliza, sensible o insensiblemente, hacia lo que considero un abismo. Se dice que es preferible contar con buenos jueces que disponer de buenas leyes,⁵ y que un juzgador excelente hace prodigios con una mala ley. No lo he creído nunca, ni lo creo ahora. Por excelsos que sean los funcionarios —algunos, sólo unos cuantos—, no podrán hacer justicia con una ley injusta, ni sembrar claridad con unos mandamientos oscuros. Sucede que luego las leyes se independizan de sus autores, y una vez expedidas las normas dicen lo que dicen, y no lo que estuvo en la mente de quienes las concibieron. Los buenos propósitos se rezagan pronto.

Hay que pensar en las leyes, pues, muy distanciadas de sus promotores y defensores iniciales; ajenas al entusiasmo germinal; depositadas en cualesquiera manos, que habrán de aplicarlas más allá del gabinete en que se generaron y sin la ilusión que las concibió. Al pensar en las leyes penales, será juicioso hacerlo con la vista cifrada —y por ello la congoja— en la más dura y estricta realidad. No las aplicarán los mejores ni los más sabios, y si éstos lo hicieran, tampoco podrían excluir sus errores y compensar sus desaciertos. Las aplicarán, sencillamente, hombres comunes.

4 *Principios de derecho penal. Parte general*, 3a. ed., Madrid, Akal Ediciones, 1994, p. 60.

5 Cfr. Calamandrei, Piero, "También los jueces son hombres", páginas introductorias a la edición alemana del *Elogio de los jueces*, trad. Niceto Alcalá-Zamora, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, 1956, t. VI, núm. 24, pp. 66 y 67: "el buen funcionamiento de la justicia depende de los hombres y no de las leyes", y Jiménez de Asúa, Luis, "El juez penal: su formación y sus funciones", *El criminalista*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1949, t. 3, p. 99.

En el mejor de los casos, lo harán con buena voluntad; en el peor, para qué decir. Esto —no más, pero nunca menos— debe tener en cuenta el legislador, al que la nación ha confiado su destino, cuando suscriba una iniciativa o un dictamen, defienda en la tribuna un proyecto o eleve la mano en una votación.

II. LA REFORMA DE 1993⁶

Hay antecedentes relevantes. En 1993, con la más alegre diligencia —que algunos llamarían precipitación— el sistema penal constitucional fue reformado en muchos puntos. Parecía urgente reformarlo. Hoy miramos algunas de las consecuencias, buenas unas, deplorables otras, de esa veloz reforma. Recordemos, si no es mucho pedir, un hito de aquel proceso. La modificación constitucional provino de dos iniciativas: la primera, del 30 de junio de 1993; la segunda, del 8 de julio del mismo año. El dictamen que abarcó a las dos se produjo precisamente el mismo día en que se formuló la segunda: el 8 de julio de 1993. Y el 3 de septiembre todo se había consumado: en el *Diario Oficial de la Federación* apareció la reforma. Tres días después, el 6 de septiembre, fue publicada una fe de erratas; era preciso, porque en la premura por hacer la reforma, se habían omitido el nombre y la rúbrica del presidente de la República.⁷

Me refiero a esta reforma constitucional no solamente porque abordó vertiginosamente el tema penal, sino también, y sobre todo, porque sembró en la Constitución un error que ahora estamos pagando, y que quiere remediar el proyecto que se encuentra en estudio: aludo, como se habrá

6 En lo sucesivo citaré diversos libros, artículos y comentarios míos, en los que me refiero a las diversas reformas constitucionales que se mencionan en este trabajo. Ahora no pretendo presentar y analizar la bibliohemerografía sobre esas reformas de 1993, 1994, 1996 y 1998 —en trámite—, sino subrayar una línea de preocupación personal, frecuentemente expresada, sobre la “mala suerte” —con salvedades— del sistema penal en el curso de las modificaciones constitucionales realizadas entre 1993 y 1998.

7 Cfr. mi examen de esa reforma, y particularmente de este proceso, en *El nuevo procedimiento penal mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa, 1996, pp. 5 y ss. Asimismo, cfr. mi estudio introductorio “Andanzas de nuestra legislación penal”, en Díaz de León, Marco Antonio, *Código penal federal con comentarios*, México, Porrúa, 1994, pp. IX-XVII; y los comentarios sobre los artículos constitucionales reformados, que aparecen en: Varios autores, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, 9a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. I (artículos 19 y 20); Rabasa, Emilio O. y Caballero, Gloria, *México: ésta es tu Constitución*, 11a. ed., México, LVI Legislatura, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 1997 (artículos 16, 19 y 20); y *Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 4a. ed., México, LV Legislatura, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 1994 (artículos 19 y 20).

advertido, al concepto “elementos del tipo penal” en los artículos 16 y 19, con el que los pruritos legislativos de esa tarde buscaron relevar un antiguo, explorado y bien sabido concepto procesal: el cuerpo del delito. Este desacierto, que en aquel tiempo no tan remoto se hizo notar inútilmente,⁸ puede contribuir a nuestra reflexión.

No omitiré decir que en la exposición de motivos de la Iniciativa que ahora analizo, fechada el 9 de diciembre de 1997 (en lo sucesivo, Exp. mot.)⁹ se reconoce expresa y claramente el error de la reforma de 1993 en lo relativo a los elementos del tipo penal. “Dicha reforma consideró posiciones y teorías de escuelas que han tenido éxito en otras naciones —señala esa exposición—. Sin embargo, hoy queda claro que no correspondían plenamente al desarrollo del Derecho penal mexicano”.¹⁰

No suscribo totalmente estas expresiones, aunque coincida con el juicio adverso hacia la reforma de 1993. En efecto, en la Exp. mot. parece sugerirse un “subdesarrollo” del derecho nacional. No es así. En mi concepto, la reforma de 1993 fue desacertada por sí misma, sobre todo si se coteja con la situación prevaleciente cuando en los artículos 16 y 19 se hablaba de cuerpo del delito.

8 Asimismo, hice el examen de este punto de la reforma en *El nuevo procedimiento penal...*, cit., pp. 12 y ss., y 45 y ss. También me he referido a la reforma de 1993 en diversos artículos periodísticos posteriores; así, *cfr.* “¿Sistema penal racional?”, *Excélsior* del 10 de agosto de 1995, y “Los paquetes penales”, en el mismo diario, el 28 de marzo de 1996; y en artículos en publicaciones académicas: “Procedimiento penal federal. Temas actuales”, *Criminalia*, México, año LX, núm. 1, 1994, pp. 149 y ss.; “Las reformas a la Constitución mexicana en el período noviembre de 1992-abril de 1994”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. XLIV, núms. 193-194, 1994, pp. 237 y ss.; y “Comentarios a las reformas de 1993 al Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. XLIV, núms. 195-196, 1994, pp. 257 y ss.

9 Para precisar las citas que hago de la exposición de motivos de la iniciativa del 9 de diciembre de 1997, he numerado los párrafos que contiene dicha exposición; citaré esos párrafos tomando en cuenta el número que les corresponde en cada caso.

10 Exp. mot., parr. 11. En otro lugar se agrega: “Después de cuatro años de aplicación del nuevo texto constitucional se advierte que no se ha logrado el equilibrio entre la acción persecutoria del delito y el derecho a la libertad de los gobernados. Por el contrario, éste ha permitido que frecuentemente, por tecnicismos legales, presuntos delincuentes evadan la acción de la justicia. Basta decir que en 1997, en todas las averiguaciones previas consignadas ante la autoridad judicial, no se obsequiaron órdenes de aprehensión en más del 20 por ciento”. Obviamente, el desacertado texto constitucional no es, por fuerza, el único factor que explica la negativa judicial. Pudiera haber otras causas, que la exp. mot. pasa por alto.

III. LA REFORMA DE 1994

Poco tiempo después, las prensas del *Diario Oficial de la Federación* recibieron de nuevo la carga de sendas reformas constitucionales. La suerte de éstas se había sellado desde que llegaron al Congreso: habría nuevas normas. Entonces se trataba nada menos que de llevar adelante la más ambiciosa reforma del Poder Judicial, o bien, en otros términos, de la impartición de justicia, desde 1824 hasta aquel momento. Así se dijo, y seguramente así se quiso, con entera buena fe. Hubo también algunos retoques a la materia penal. Las observaciones que surgieron no mellaron el ímpetu reformador.¹¹

No dejó de presentarse algún penoso incidente, que ya casi no se recuerda: la desaparición de la Suprema Corte de Justicia por tres o cuatro semanas. Y más allá de esto, nos preguntamos si esa reforma de la “macrojusticia”, como la he denominado,¹² mejoró la “microjusticia” que anhela nuestro pueblo. El diagnóstico que hacen los más altos funcionarios de justicia —y no sólo el que hace el pueblo— es por lo menos inquietante, cuando no desconsolador. Me pregunto, en tal virtud: ¿no pudimos esperar, reflexionar, reunir experiencia, antes de legislar? Tal vez no. Tal vez urgía la reforma, como urge hoy.

La Exp. mot. de la Iniciativa de 1998 no deja de reconocer los tropiezos en esta materia. En un párrafo inicial advierte el Ejecutivo que “desde el principio de la presente administración se han impulsado profundas

11 Al respecto, me remito a mis comentarios publicados en el diario *Excelsior*, los días 15 y 22 de diciembre de 1994, bajo el título común de “Reformas en la justicia”, reproducidos en mi libro *Temas de México*, México, Asociación Nacional de Abogados, s/f, pp. 23 y ss. Posteriormente comenté de nuevo las reformas en el mismo diario: *cfr.* “Caballos de Troya”, el 18 de mayo de 1995, y “Libertad provisional”, el 18 de julio de 1996.

12 Examine detalladamente la reforma de 1994-1995 en mi libro *Poder Judicial y Ministerio Público*, 2a. ed., México, Porrúa, 1997. En torno a esta reforma, *cfr.* mis comentarios en Varios autores, *Constitución Política...*, cit., t. I (artículo 21); y Rabasa y Caballero, *Mexicano...*, cit. (artículo 21), así como los siguientes artículos en publicaciones especializadas: “El Ministerio Público y la reforma constitucional de 1994 (Antecedentes, contexto y novedades)”, *Ars Juris*, México, núm. especial sobre *Reforma judicial*, núm. 13, 1995, pp. 129 y ss.; “Justicia y Ministerio Público”, *Lex*, México, año I, núm. 5, 1995, pp. 12 y ss.; “Constitucionalidad de leyes y actos de autoridad”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XXVII, núm. 84, 1995, pp. 975 y ss.; “El Estado de Derecho y la reforma del Poder Judicial”, *Pemex-Lex*, México, núms. 91-92, 1996, pp. 4 y ss.; “La reforma constitucional del Ministerio Público”, en Varios autores, *La reforma constitucional en México y Argentina*, México, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Corte de Constitucionalidad, República de Guatemala, Procurador de Derechos Humanos de Guatemala, 1996, Colección Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, pp. 59 y ss.

reformas tendientes a fortalecer las instituciones encargadas de la procuración e impartición de justicia”; luego alude a las reformas constitucionales de 1994 y señala que en el Poder Judicial de la Federación “se han presentado avances significativos”, pero la “procuración (de justicia) no se ha desarrollado en la misma proporción”; acto seguido, la Exp. mot. asegura que “para generar el justo equilibrio entre ambas instituciones (es decir, procuración e impartición de justicia), se considera necesario revisar el marco constitucional de actuación de las autoridades responsables de procurar justicia...”.¹³ Desde luego, no se indica por qué ese marco constitucional —profundamente reformado en 1994 y 1995, pero además en 1996— no logró en la procuración de justicia lo que se dice consiguio en la administración de ésta.

IV. LA REFORMA DE 1996: HACIA UN NUEVO ORDEN PENAL MEXICANO

Pasó algo más de un año para que nuevamente se emprendiera una reforma constitucional en materia penal. Ya estamos en 1996. Esta vez también se manifestó, como se suele decir, que las normas existentes no permitían resolver los severos problemas que debía enfrentar el país en la lucha contra el crimen organizado. Lo que nunca se dijo fue lo primero que se debió aclarar: ¿por qué no era posible luchar contra esa forma de criminalidad con los instrumentos de que se disponía? O bien, dicho en otros términos: ¿cuáles eran los instrumentos que fallaban? ¿las normas, u otras cosas? Hubo quienes pensaron, también de nueva cuenta, que el problema no estaba en las leyes.¹⁴ Pero la reforma se consumó.¹⁵

13 Exp. mot. párrs. 3 y 4.

14 Antes de que se realizara la reforma constitucional, previne sobre ella en varios artículos publicados en el diario *Excelsior*: “Los ‘paquetes’ penales”, del 28 de marzo de 1996, “Y un día vinieron por nosotros...”, del 18 de abril, y “El bebé de Rosemary”, del 25 de abril, así como en otras notas ya citadas. Una vez realizada dicha reforma, opiné nuevamente en otros artículos en el mismo diario: “Libertad provisional”, del 18 de julio de 1996, “El bebé de Rosemary ya nació”, del 14 de noviembre de 1996, y “El debate sobre la justicia”, del 13 de noviembre de 1997, y “Ahora, ¿a legislar?”, del 11 de diciembre del mismo año.

15 Sobre la reforma constitucional de 1996 en general, *cfr.*, además de la obra y el artículo citados en la siguiente nota, García Ramírez, “Presentación” en Díaz de León, *Derecho penal mexicano. La reforma de 1996*, México, Porrúa, 1997, pp. VII-XII; y “Las reformas penales constitucionales de 1996”, *Memoria del Segundo Panel de Procuración de Justicia 1997*, Guanajuato, Procuraduría General de Justicia del Estado de Guanajuato, 1997, pp. 77 y ss. Igualmente, hay comentarios míos en *Constitución Política...*, *cit.* (artículo 21); y en Rabasa y Caballero, *Mexicano:...*, *cit.* (artículos 16, 20, 21 y 22). Un panorama, en García Ramírez, “La reforma en materia penal”, en Varios autores, *Dere-*

Este cambio constitucional de 1996 trajo consigo un oscuro ordenamiento. Mejor dicho: la propuesta de este ordenamiento, inicialmente rechazado por un buen sector de la opinión general y especializada, determinó la reforma constitucional. De esta manera se “constitucionalizó” —aunque sólo relativamente— la nueva ley. Así purgaba, de origen, algunas de sus culpas.

No he vacilado en señalar que la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada inaugura en el derecho mexicano una nueva y preocupante versión del sistema penal. Conste que no digo que esta inauguración tiene alcance mundial. Reconozco que muchas de las instituciones que figuran en aquella ley han existido y existen en otros lugares del mundo. Pero también confieso que no me preocupa lo que a éstos convenga o en ellos ocurra, sino lo que convenga a México y suceda aquí. En suma, merced a las reformas de 1996 tenemos dos ordenes penales: el ordinario o tradicional, con numerosas garantías, sobre bien conocidos principios, y el recién llegado, el advenedizo, con garantías diferentes o recortadas, construido sobre principios diversos.¹⁶

Algunos de los legados de la Ley sobre Delincuencia Organizada son: a) un tipo penal equívoco que sanciona los actos preparatorios,¹⁷ b) la posibilidad de que surjan delitos a partir de la mera atracción discrecional por parte del Ministerio Público Federal,¹⁸ c) la negociación penal¹⁹ a la manera anglosajona —que ya infectó las leyes de algunos

chos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones. Reformas constitucionales durante la LVI Legislatura, 1994-1997, México, LVI Legislatura, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 1997, serie VI, vol. I, t. 13, pp. 537 y ss. (este panorama abarca reformas anteriores y posteriores a la de 1994); y “La reforma constitucional”, en Varios autores, *Vigencia de la Constitución de 1917. LXXX Aniversario*, México, Secretaría de Gobernación, Archivo General de la Nación, 1997, pp. 253 y ss. (en este trabajo, de carácter panorámico, me refiero igualmente a otros aspectos de la reforma constitucional).

16 Acerca del proyecto de dicha ley, en su momento, *cfr.* mi nota “La delincuencia organizada”, *Criminalia*, México, año LXII, núm. 2, 1996, pp. 140-149; *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XXIX, núm. 87, 1996, pp. 1019-1028; y *Temas y problemas...*, *cit.*, pp. 209 y ss. Hago el examen de la reforma constitucional de 1996 y la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada en *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, México, Porrúa, 1997. Hay primicias de este libro, que abarcan diversos aspectos del nuevo régimen jurídico, en “Consideraciones acerca de la regulación penal sobre delincuencia organizada”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. XLV, núms. 211-212, 1997, pp. 205 y ss.; y “La reforma constitucional de 1996 sobre delincuencia organizada”, *El Foro*, México, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, novena época, t. X, núm. 1, 1997, pp. 1 y ss.

17 *Cfr. Delincuencia organizada...*, *cit.*, pp. 86 y ss.

18 *Cfr. ibidem*, p.126.

19 *Cfr. ibidem*, pp. 110 y ss.

países europeos—, a la que no pocos autores insospechables califican con los peores términos: Alcalá-Zamora y Castillo, como “bochornoso chalanero, con apariencias de allanamieto y realidades de transacción penal”,²⁰ y Almagro Nosete como “modelo procesal... basado en un utilitarismo feroz a costa de una distorsión hipócrita entre principios ético-jurídicos y praxis”,²¹ negociación que ahora pudiera extenderse más allá de los casos de delincuencia organizada;²² d) la asunción de poderes indagatorios por una autoridad ajena al Ministerio Público,²³ e) la delación;²⁴ f) la inversión de la carga de la prueba y el desechamiento de la presunción de inocencia;²⁵ g) la detención prolongada bajo el camuflaje del arraigo;²⁶ y h) el ofrecimiento de recompensas vinculadas a la

20 *Proceso, autocomposición y autodefensa (Contribución al estudio de los fines del proceso)*, 3a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, p. 89.

21 Cit. por Fairén Guillén, Víctor, *Ensayo sobre procesos complejos. La complejidad en los litigios*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 130.

22 En efecto, el proyecto de reformas y adiciones al Cpf. incluye un artículo 73 bis, que dirá: “Tratándose de sentenciados por delito grave, podrán otorgarse los beneficios de preliberación al reo, siempre y cuando éste aporte datos suficientes para lograr la aprehensión de sus cómplices, de otros delincuentes, o la desarticulación de organizaciones delictivas, previo cumplimiento de los requisitos señalados por la ley para su otorgamiento”. Con esto se resuelve una pregunta que yo había formulado acerca de a qué informaciones pudiera extenderse la colaboración del delincuente: ¿sólo las relacionadas con la organización a la que pertenece el informante, o aquellas relativas a delitos en los que éste interviene? ¿también otros informes, fuera de los anteriores? *Cfr. Delincuencia organizada...*, cit., pp. 115 y 116. Ahora se ve que esa colaboración es genérica, y de hecho convierte al colaborador en auxiliar, asimismo genérico, de los órganos investigadores.

23 *Cfr. Delincuencia organizada...*, cit., pp. 130 y ss.

24 *Cfr. ibidem*, pp. 136 y ss.

25 *Cfr. ibidem*, pp. 61 y ss., y 169 y ss.

26 *Cfr. ibidem*, pp. 160 y ss. Se trata en realidad de una detención supuestamente domiciliaria—aunque no venga al caso el domicilio del detenido, sino un domicilio fijado para esos “arraigos” por la autoridad persecutoria—, que de esta manera desviada sortea el límite fijado para la detención del indiciado y crea una nueva forma de detención, además de las constitucionalmente previstas, que se reducen a orden judicial de captura, flagrancia y urgencia. La iniciativa de reformas secundarias, del 9 de diciembre de 1997, abarca el artículo 133 bis. En éste se incluye el arraigo domiciliario: “La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario o imponer la prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin su autorización, a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal, siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia. Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido. —El arraigo domiciliario podrá decretarse hasta por un máximo de treinta días naturales y la prohibición de abandonar una determinada demarcación geográfica no podrá exceder de sesenta días naturales.— La determinación precautoria de la autoridad judicial deberá notificarse al afectado”. Esta propuesta contiene cambios sustanciales con respecto al texto vigente del artículo 133 bis. Así: a) éste sólo regula la institución tradicional del arraigo como proscripción de salir de una jurisdicción determinada, que se puede extender hasta treinta días hábiles (en relación con el artículo 72), y el proyecto regula tanto aquella proscripción, que se puede prolongar hasta sesenta días naturales, como el denominado arraigo “domiciliario”, que puede durar treinta días naturales; y b) el artículo vigente ordena que el juez escuche

captura del criminal,²⁷ que hace más de doscientos años reprobó el propio Beccaria.²⁸

V. PROYECTO DE REFORMA DEL 9 DE DICIEMBRE DE 1997

1. *El sentido y los motivos*

Durante muchos años, en tiempos favorables y adversos, se ha pugnado por el progreso del derecho penal mexicano. Este tiene, en general y más allá de errores o aciertos técnicos, un sentido mayoritariamente democrático. La expresión “democrático”, que ya tiene carta de naturalización en la doctrina penal de todos los países, corresponde a un derecho punitivo consecuente con los principios, las reglas, los propósitos y el estilo del Estado democrático y social de derecho, que extrema la atención a los derechos humanos, pero no descuida —con el rigor racionalmente necesario— la defensa de la sociedad contra el delito.

No obstante, en los últimos años han aparecido signos inquietantes, acaso de buena fe, que alteran este curso normal de nuestro derecho, siempre bajo el interés —tan comprensible como plausible— de preservar el orden público. Nada hay ni puede haber contra este propósito, cuyo éxito determina el buen desempeño de los derechos y las prerrogativas del ser humano. Ahora bien, no deja de ser preocupante que para la preservación del orden público se eche mano de medidas que en mayor o menor medida afectan puntos esenciales del Estado de derecho, entendido como solemos entenderlo todavía.

al indiciado tanto para resolver el arraigo como para levantarlo o continuarlo, en tanto que el proyecto nada dice sobre el derecho de audiencia del indiciado. El arraigo domiciliario fue originalmente incorporado al derecho procesal penal mexicano por unos insólitos acuerdos administrativos, bien intencionados, del procurador del Distrito Federal, del 1 y 18 de julio de 1977 y 14 de febrero de 1978, que evolucionaron para convertirse en texto del artículo 271 del Código de Procedimientos Penales del D. F., por adición promulgada el 26 de diciembre de 1981, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 29 de diciembre. Siempre fue discutible la constitucionalidad de esta medida, que, por lo demás, era prácticamente inocua, porque el arraigo domiciliario no podía prolongarse más de tres días, ni impedía que el arraigado saliera de su domicilio para asistir al centro de trabajo en que desempeñaba sus actividades laborales. *Cfr.* García Ramírez, *Curso de derecho procesal penal*, 5a. ed., México, Porrúa, 1989, pp. 618 y 619.

²⁷ *Cfr. ibidem*, p. 178.

²⁸ En el Capítulo XXII de su obra *Tratado de los delitos y de las penas*, trad. de Constancio Bernaldo de Quirós, Puebla, Ed. Cajica, 1957, p. 131.

No puedo menos que expresar mi preocupación por diversos aspectos de las reformas penales constitucionales, así como de las modificaciones en la legislación secundaria, que figuran en las iniciativas del 9 de diciembre de 1997. El lector atento advertirá que esas propuestas, aun cuando hayan sido formuladas con la mejor intención, incorporan a las leyes mexicanas acentos fuertemente autoritarios que hasta ahora habían estado ausentes, salvo en las normas precursoras que antes mencioné, sobre todo las relativas a delincuencia organizada.

Creo que ciertas disposiciones sumamente autoritarias ponen en riesgo aquello que se trata de proteger, y tal vez no obtienen los resultados que dicen perseguir. En mi concepto, esto ha sucedido en el novísimo régimen penal sobre delincuencia organizada: una buena bandera cubre soluciones controvertibles. En diversos trabajos que cito aquí he objetado varios aspectos de ese régimen preocupante, que ahora parece desbordar los límites que originalmente se impusieron, en cuanto que algunas de sus medidas pudieran trasladarse a otros ámbitos de la regulación penal.

No es mi propósito abordar en este momento las iniciativas de reforma constitucional y secundario, sino sólo aquélla. Por ende, mencionaré en nota a pie de página algunas de las propuestas de carácter penal secundario únicamente cuando lo estime necesario para ilustrar o detallar alguna explicación que figure en el texto principal del presente estudio.²⁹

Lo primero que se suele echar de menos en las acostumbradas exposiciones de motivos de reformas constitucionales o nuevas leyes es, precisamente, la expresión puntual y convincente de los motivos que conducen a promover y aprobar los ordenamientos, en vez de limitarse a aplicar los existentes o sugerir reformas distintas. Esto ha llamado la atención con alguna frecuencia, y desde luego es uno de los males de que se duele el proceso reformador de 1996 en lo que respecta a los artículos 16, 21, 22 y 73.

Ciertamente se dice algo así como que “es necesario actualizar el marco jurídico existente”, o bien, que “las disposiciones vigentes no permiten resolver con eficacia el problema” de que se trata, o bien, que “las normas

²⁹ Esas referencias corresponden a la iniciativa de decreto por el que se reforman diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la República, en materia de fuero federal, y de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, presentada al Constituyente Permanente por conducto de la Cámara de Senadores, el 9 de diciembre de 1997, misma fecha en que se sometió al Senado la iniciativa de reformas y adiciones constitucionales. Cuando me refiera al ordenamiento penal sustantivo, lo identificaré como Cp., y cuando aluda al ordenamiento adjetivo para la Federación, lo citaré como Cfp.

que sirvieron para otras circunstancias ya no corresponden a las necesidades actuales”. Bien que así se diga, pero en todo caso es insuficiente. De lo que se trata es de saber por qué es necesario actualizar ese marco, por qué no es factible resolver el problema mediante la aplicación de las normas vigentes —sobre todo si aún no se aplican éstas, o su aplicación ha sido deficiente—, y por qué las disposiciones cuestionadas no corresponden a las necesidades actuales.

La Exp. mot. de 1997 incurre en explicaciones semejantes a las que he cuestionado. Veamos algunas de ellas. Dice, por lo pronto, que

la delincuencia ha venido aumentando a índices alarmantes. Las causas del fenómeno delictivo son diversas: el desempleo o subempleo derivado del período de crisis y austeridad económicas, el crecimiento de la población, la corrupción de los elementos que integran los cuerpos de seguridad pública, la impunidad de quienes delinquen y el rezago de un marco jurídico que no ha evolucionado en la misma proporción que la delincuencia, entre otras.³⁰

Acto seguido indica que en nuestro país “el grado de organización de la delincuencia es elevado”, y propone ejemplos: “Existen agrupaciones delictivas que cuentan con grandes capitales obtenidos de sus actividades ilícitas, un enorme poder corruptor, tecnologías avanzadas y un sofisticado armamento a su servicio”; así las cosas, se dice en el mismo párrafo: “El Estado requiere de mejores herramientas jurídicas para actuar oportunamente”.³¹

En esta misma línea, la Exp. mot. destaca que,

a la luz de la legislación actual, las instancias procuradoras de justicia encuentran serios obstáculos para hacer frente a este fenómeno. Ciertos (*sic*) requisitos de la ley, pensados en su momento para enfrentar una delincuencia carente de la sofisticación que hoy despliega, limitan la actuación de la autoridad.³² En suma, ‘es necesario revisar profundamente nuestras normas jurídicas y eliminar los obstáculos que hasta ahora han impedido que se actúe con la oportunidad y severidad requeridas’.³³

30 Exp. mot., párr. 5.

31 *Ibidem*, párr. 6.

32 *Ibidem*, párr. 7.

33 *Ibidem*, párr. 9.

Ahora bien, lo que se necesita saber —pero no se llega a saber, si se atiende solamente a la exposición de motivos— es algo más que los hechos notorios mencionados, que, por serlo, no requieren prueba. En efecto, no es preciso demostrar que hay desempleo y subempleo, que la población ha crecido aceleradamente, que hay corrupción en las filas de la policía, que existe impunidad. Todo eso es bien sabido. Lo que no resulta tan evidente es el llamado “rezago de un marco jurídico que no ha evolucionado en la misma proporción que la delincuencia”. ¿Cuáles son los datos del rezago? ¿Se presenta en las normas, o en la aplicación de ellas? ¿Cómo se acredita esa “desproporción” que menciona la exposición de motivos?

Es indispensable una explicación para conocer otras cosas, que la Exp. mot. da por sabidas, no obstante que forman la esencia de una “motivación”: ¿Cuáles son los “serios obstáculos” que encuentran las instancias procuradoras de justicia? ¿Cuáles son esos “ciertos requisitos” de la ley que “limitan la actuación de la autoridad”? (Sin perjuicio de advertir que la ley —cualquier ley— es, en sí misma, una frontera para el ejercicio de la autoridad en el Estado de derecho) ¿Dónde se localizan —por lo que hace al *corpus juris* vigente— los multicitados obstáculos que han impedido que la autoridad “actúe con la oportunidad y severidad requeridas”? (Asimismo, sin ignorar que las normas jurídicas, en un Estado de derecho, constituyen los límites racionales para el despliegue de la “severidad” de una autoridad).

También es interesante observar que una vez más se carga la inseguridad pública en la cuenta de las instituciones de prevención y persecución del delito, y mucho menos en las circunstancias sociales, económicas y culturales que constituyen, como alguna vez se dijo, el “caldo de cultivo” de la delincuencia. Sólo se alude, como de paso y para satisfacer un requisito, a los temas sociales: desempleo y subempleo, crecimiento demográfico. Hay, obviamente, otros factores causales de la delincuencia, conexos con estos dos, o independientes de ellos. Empero, nada se dice acerca de la influencia que tienen los factores reconocidos en la Exp. mot. sobre las cifras de la criminalidad. Una vez cubierto el expediente de mencionarlos, se pasa a los temas relacionados con seguridad y procuración de justicia y a los aspectos más específicos de la reforma que se consulta.

Antes de ahora me he ocupado en las dos vertientes o dimensiones de la seguridad pública, a propósito de la reforma de 1994 al artículo 21.³⁴

34 Cfr. *Poder Judicial y Ministerio Público*, cit., pp. 176 y ss., y 236 y ss.

Lo que dije entonces puede ser reiterado ahora, en mi concepto: la seguridad es mucho más que un tema de policía, fiscalía, tribunales y prisiones; sus hondas raíces anidan en el orden político, ético, económico, cultural. La seguridad declina cuando declina la justicia, y desde luego no me refiero solamente a la justicia penal.

2. Artículos 16³⁵ y 19³⁶

La Iniciativa —que ha suscitado controversias—³⁷ propone primero, según el orden de aparición de los temas en la escena, reformas importantes en los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El antecedente de esas reformas, su factor y origen, se halla en los cambios improcedentes que antes mencioné, y que la misma Exp. mot. de 1997 —como también dije— ha reconocido claramente.

El Constituyente de 1993 sustituyó el acreditado concepto procesal “cuerpo del delito” por la noción sustantiva “elementos que integran el tipo penal”. En un libro que dediqué parcialmente al examen de las reformas de aquel año, evoqué el *faux pas* del legislador cuando creyó que “cuerpo del delito” era una figura equívoca y controvertida, y el tipo penal era —o es— un concepto unívoco y perfectamente conocido.³⁸ En el mejor de los casos, esa creencia fue candorosa.

35 De acuerdo al decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 8 de marzo de 1999 la reforma al artículo 16 quedó de la siguiente forma (se modificó el segundo párrafo): “No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.”

36 El artículo 19 se modificó por el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 8 de marzo de 1999 en los siguientes términos: se reformó el primer párrafo: “Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado”. Se adicionó un segundo párrafo (de manera que los dos subsecuentes pasaron a ser el tercer y cuarto párrafos): “Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de formal prisión o de la solicitud de prórroga, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.”

37 Por mi parte, expuse una opinión general en el artículo periodístico “¿Otro bebé de Rosemary?”, en *Excelsior* del 12 de marzo de 1998.

38 Ahora vemos en que quedó lo que anunciaba con optimismo la exposición de motivos de la

Probablemente la idea del *corpus criminis* no nos convenza, si pensamos —como pensó aquel legislador, tendiendo siempre la vista del otro lado del Atlántico, y a veces más allá de la frontera septentrional— en sus aplicaciones en el derecho medieval o extranjero; pero había llegado a ser convincente en México —que es el país del que estoy hablando— al cabo de un largo proceso definitivo, que líneas atrás mencioné. En cambio, los elementos del tipo penal se hallan sujetos todavía al debate académico. Por ello, el legislador advirtió, finalmente, la necesidad de aclarar a qué se estaba refiriendo la Constitución; con ese propósito codificó la doctrina en los ordenamientos procesales,³⁹ depositando en ellos sus convicciones doctrinales.

No terminó ahí el error. Hubo más: efectivamente, la reforma de 1993 identificó los requerimientos del ejercicio de la acción penal y la orden de aprehensión o comparecencia, con las exigencias de fondo del auto de formal prisión o sujeción a proceso. Hay que acreditar lo mismo en todas estas hipótesis: elementos del tipo penal y probable responsabilidad del indiciado en la consignación y el mandamiento de captura (artículo 16) y eso mismo —elementos del tipo penal y probable responsabilidad— en el auto de procesamiento (artículo 19). Obviamente, tampoco pasó inadvertido este desliz.⁴⁰

Todo lo dicho ha llevado al Ministerio Público, y quizá también al juzgador, a una situación incómoda: se dice que es demasiado lo que debe acreditar el titular de la acción penal para requerir la actividad jurisdiccional; y luego se menciona que por estas exigencias los delincuentes se sustraen a la justicia penal. Desde luego, este doble juicio es discutible, pero no se le puede negar cierta razón.

Lo más conveniente, una vez que se vio con toda claridad el desacierto de la reforma de 1993, sería regresar al texto anterior, que no planteaba problema alguno en este orden de cosas. Si recuperásemos el concepto cuerpo del delito, desharíamos de un golpe todo el enredo. Sin embargo,

Iniciativa de 1993: “se culmina en la Constitución el esfuerzo de muchas décadas por estudiosos en la materia, por unificar criterios que articulen de mejor manera la política criminal mexicana”; y en otro lugar de la misma exposición: se supera “el complejo término de cuerpo del delito por el concepto de la acreditación de los elementos que integran el tipo penal; con lo que se clarifican los requisitos que deben ser considerados por el juez...”. Cit. en *El nuevo procedimiento penal...*, cit., pp. 13 y 46.

39 Artículos 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

40 A él me referí en *El nuevo procedimiento penal...*, cit., pp. 12 y 13.

no se ha seguido este camino. En el proyecto se previene otra cosa: reducir las condiciones para el ejercicio de la acción y la orden de captura.

Por ello, en el segundo párrafo del artículo 16 se propone disponer el libramiento de la orden de aprehensión (y se sobreentiende, evidentemente, el previo ejercicio de la acción penal) cuando haya “denuncia o querrela” y “existan datos —se quiere decir pruebas— que acrediten la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado”.⁴¹ Además, hay una reforma útil, aunque no indispensable, en cuanto se establece el presupuesto de la denuncia o la querrela y se suprime la antigua referencia, que hoy día sólo extraña y confunde, a la figura de la “acusación” (que en todo caso incumbe al Ministerio Público, no al denunciante, querellante u ofendido).

La Exp. mot. subraya que la Iniciativa planteada “propone flexibilizar (*sic*) los requisitos que establece el artículo 16 constitucional para obtener una orden de aprehensión”, en la inteligencia de que esto “conserva plenamente el equilibrio entre la acción persecutoria de un delito y los derechos de los gobernados tutelados en las garantías individuales...”.⁴²

No es exactamente así. En primer término, la norma no sólo establece las condiciones para librar orden de aprehensión —o bien, en su caso, de comparecencia o presentación—, sino también determina el contenido mismo, los fines, el propósito de la averiguación previa, y por ende, los requisitos para el ejercicio de la acción penal. En segundo término, no se “conserva plenamente” el equilibrio procesal; al menos, no en la forma en que lo hace el precepto en vigor, y sólo así cabría hablar de que se “conserva” algo; si no es así, lo que se hace es “modificar”, “alterar”, “cambiar” ese equilibrio. Otra cosa es ver si ese cambio resulta necesario o prescindible, provechoso o pernicioso, no sólo en la teoría, sujeta a la prueba de la razón, que con frecuencia se supera, sino en la práctica, sometida a la prueba de la experiencia, que rara vez se aprueba.

Lo que se debe destacar es que el proyecto pasa de exigir prueba plena de todos los elementos que integran el tipo penal, a solicitar solamente que se establezca la mera probabilidad de que existan algunos de esos

41 El texto completo del segundo párrafo del artículo 16, en los términos de la iniciativa, es el siguiente: “No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado”.

42 Exp. mot., párr. 15.

elementos: los llamados objetivos. La exposición de motivos recuerda que el cambio introducido en 1993 relevó el concepto de “cuerpo del delito”, para aludir a “elementos del tipo penal”. Y sigue diciendo:

Antes de 1993, para que se librara un auto de formal prisión únicamente debían estar acreditados los elementos objetivos del delito y después de la reforma se debían acreditar todos los elementos del tipo penal —objetivos, subjetivos y normativos—, así como la probable responsabilidad del inculcado.⁴³

No hay duda sobre el desliz del Constituyente Permanente en 1993 al incurrir en dicho canje de conceptos, pero tampoco es enteramente cierto que antes de aquel año sólo hubiera sido preciso acreditar los elementos objetivos del delito. De ser así, el texto previo a 1993 habría sido tan estrecho o reductor de garantías como quiere serlo el sugerido en 1997. Hay que tomar en cuenta tanto los señalamientos de la jurisprudencia, en ambos sentidos,⁴⁴ como el parecer de la doctrina, asimismo dividida,⁴⁵ y sobre todo la definición aportada por la ley vigente entonces, que no dejaba duda sobre la integración del cuerpo del delito: todos los elementos.⁴⁶

⁴³ *Ibidem*, párr. 17.

⁴⁴ Cfr. la jurisprudencia citada en García Ramírez y Adato de Ibarra, Victoria, *Prontuario del proceso penal mexicano*, 7a. ed., México, Porrúa, 1993, pp. 243 y 244. Si bien hubo tesis en el sentido de que “por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal”, también hubo pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia en el sentido de que “comprobar el cuerpo del delito es demostrar la existencia de un hecho, con todos sus elementos constitutivos tal como lo define la ley, al considerarlo como delito y señalar la pena correspondiente” (*idem*).

⁴⁵ Juan José González Bustamante, por ejemplo, consideró que el cuerpo del delito “está constituido por el conjunto de elementos físicos, materiales, que se contienen en la definición”. *Principios de derecho procesal penal mexicano*, 5a. ed., México, Porrúa, 1971, p. 159; en sentido semejante, Acero, Julio, *Procedimiento penal*, 6a. ed., México, Ed. José M. Cajica, 1968, p. 95, y González Blanco, *El procedimiento penal mexicano*, México, Porrúa, 1975, p. 103. En cambio, Manuel Rivera Silva escribió que el “cuerpo del delito es el contenido de un ‘delito real’; que encaja perfectamente en la descripción de algún delito, hecha por el legislador, en la que muchas veces van elementos de carácter moral.— En la descripción también pueden ir elementos de carácter ‘valorativo’ que requieren su presencia en el cuerpo del delito”. *El procedimiento penal*, 26a. ed., México, Porrúa, 1997, pp. 157 y 158; Arilla Bás estimó que el cuerpo del delito está constituido “por la realización histórica espacial y temporal de los elementos contenidos en la figura que describe el delito”. *El procedimiento penal en México*, 4a. ed., México, Editores Mexicanos Unidos, 1973, p. 82; Guillermo Colín Sánchez reconoció que el cuerpo del delito “se da cuando hay tipicidad según el contenido de cada tipo; de tal manera que el cuerpo del delito corresponderá según el caso: a lo objetivo; a lo subjetivo y normativo; a lo objetivo, normativo y subjetivo; o bien a lo objetivo y subjetivo”. *Derecho mexicano de procedimientos penales*, 2a. ed., México, Porrúa, 1970, p. 279. Este es, también, el punto de vista que yo he sostenido. Cfr. mi *Curso de derecho procesal penal*, cit., p. 468.

⁴⁶ Dijeron los artículos 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y 122 del Código de

La exposición de motivos pone en la cuenta de la Suprema Corte de Justicia el “haber hecho aún más rígido el acreditamiento de los elementos del tipo penal”, y señala cuáles son las exigencias jurisprudenciales que han determinado semejante “rigidez”. Pero del enunciado que formula la exposición⁴⁷ se desprende, fuera de dudas, que dichas exigencias no derivan de la jurisprudencia, sino literalmente de los artículos 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y 122 del Código equivalente para el Distrito Federal.

En lo que toca al señalamiento de las modificativas o calificativas del delito —que también coloca la Exp. mot. bajo la queja de “rigidez” creada por la Corte—, es evidente que dichos elementos forman parte del tipo penal, y no son ajenos a éste; en la especie viene al caso un tipo complementado, no simplemente un tipo básico. El error que hubo —y que afortunadamente corrigió la jurisprudencia— consistió en suponer que la Constitución sólo alude a los tipos penales básicos, precisamente; empero, la ley fundamental no incurre en semejantes distinciones. Cuando se ejercita acción, se dicta formal prisión y se emite sentencia, la autoridad debe tomar en cuenta el tipo que verdaderamente se presenta en la especie, que puede ser uno complementado, diferente y autónomo con respecto al básico.⁴⁸

En contraste con la propuesta sobre el artículo 16, el texto sugerido para el primer párrafo del artículo 19, en el que se apoya el auto de formal prisión, exige mucho más, que tampoco es, empero, todo lo que exige la norma en vigor:

Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que el cuerpo del delito se constituye con todos “los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determina la ley penal”. Esta precisión legal obedeció al propósito de consolidar el concepto amplio de cuerpo del delito. En mi comentario sobre las reformas procesales de 1983, señalé: “Superando interpretaciones parciales o encontradas, ha quedado de manifiesto, en la letra de la ley, que el cuerpo del delito equivale al conjunto de elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuosos. Esto abarca, pues, los generalmente llamados elementos objetivos o materiales, subjetivos y normativos, conforme a la descripción típica contenida en el Código punitivo o en una ley especial”. *Justicia y reformas legales*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1985, p. 226.

⁴⁷ Exp. mot., párr. 18.

⁴⁸ “Los tipos complementados se conforman con los elementos de un tipo básico, a los que se suman otros elementos más, denominados ‘circunstancias cualificantes o atenuantes’, que aparecen previstos en una disposición distinta de la propia ley penal, los cuales, sumados, conforman un tipo delictivo nuevo y diverso, el cual, de acuerdo con sus características, podrá suponer un mayor o menor grado del injusto y, en función de ello, observará una elevación o disminución de la punibilidad respecto de la prevista para el tipo básico”. Malo Camacho, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 1997, p. 313.

datos suficientes —también se quiere decir pruebas— que acrediten la plena existencia —en realidad, se quiere decir que acrediten plenamente la existencia— de los elementos objetivos y la probable existencia de los demás elementos del tipo que se impute (al) indiciado y hagan probable su responsabilidad.⁴⁹

Así las cosas, se puede observar que en el proyecto existe el atisbo de la solución, un atisbo que no llega muy lejos, pero finalmente se incurre en una muy discutible solución. Veamos ésta primero. Consiste en contraer los requerimientos para la consignación y la orden de captura solamente a los elementos “objetivos”, con absoluto olvido de los subjetivos y normativos, en caso de haberlos. Podemos suponer lo que esto significaría, por ejemplo, en la hipótesis de robo: bastaría con que una persona removiese un objeto para que se le consignara como ladrón, en virtud de que el *ánimus* característico del robo es un elemento subjetivo del tipo⁵⁰ y la condición de bien ajeno es un elemento normativo,⁵¹ además de que la exigencia típica “sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella” anuncia un quebrantamiento antijurídico que es preciso valorar.⁵² Por demás está ponderar los desastrosos efectos que acarrearía la simple alusión a los elementos objetivos.

El problema no concluye ahí, porque la propuesta de reforma al artículo 22, que adelante examinaré, reitera la alusión a los elementos objetivos del tipo penal, ahora para brindar suficiente fundamento —en concepto del proyecto— al decomiso de bienes, que el proyecto denomina aplicación de bienes al Estado.

A la luz de lo que se ha manifestado no es posible coincidir con dos expresiones de la exposición de motivos, demasiado enfáticas. Se dice, primero, que;

49 El texto íntegro del primer párrafo del artículo 19, según la propuesta contenida en la Iniciativa, es: “Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten la plena existencia de los elementos objetivos y la probable existencia de los demás elementos del tipo penal del delito que se impute a dicho indiciado y hagan probable su responsabilidad”.

50 Es necesario que la remoción o desplazamiento de la cosa “se efectúe con ánimo de apropiación. Un elemento subjetivo de antijuricidad hállase, pues, ínsito larvada y latentemente, pero de modo inequívoco, dentro del concepto de apoderamiento”. Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano. La tutela penal de patrimonio*, 3a. ed., México, Porrúa, 1977, t. IV, p. 34.

51 Cfr. *ibidem*, p. 47.

52 Cfr. *ibidem*, pp. 56 y 57.

la Iniciativa respeta los principios consagrados en la reforma de 1993, pero la desarrolla y perfecciona para hacer más eficiente la actuación de los órganos de procuración de justicia, conservando plenamente el equilibrio entre la acción persecutoria de un delito y los derechos de los gobernados tutelados por las garantías individuales.⁵³ No es así: la Iniciativa modifica sustancialmente los principios de la reforma de 1993.

Se dice, después, que “la exigencia probatoria a cargo del Ministerio Público no se reduce con la reforma. Simplemente esta exigencia se cumple en las etapas procesales idóneas”.⁵⁴ Tampoco es así: evidentemente, se reduce en forma drástica la mencionada exigencia a cargo del Ministerio Público —al que se releva de probar lo que hasta hoy ha debido probar, tanto antes como después de la reforma de 1993—; lo que se cumple en las etapas procesales posteriores —calificadas por la Exp. mot. como “idóneas”— ciertamente no mantiene la vieja exigencia concentrada en la averiguación previa.

Me referí, *supra*, a la existencia de un atisbo de solución que late en el proyecto, no desenvuelto —ese atisbo— en sus naturales y pertinentes consecuencias. Aquél se halla, quizá inadvertidamente, en la idea que flota sobre el proyecto, pese a su cuestionable redacción: “probable” existencia y “plena” existencia. Se ha intuido, pues, que el verdadero problema no reside en la materia sujeta a prueba —que es el conjunto de los elementos del cuerpo del delito, hoy del tipo penal— sino en la intensidad de la prueba.

No sobraría recordar aquí algunas viejas nociones: prueba indiciaria para consignar y librar la orden y prueba semiplena —o plena, si se quiere— para dictar auto de procesamiento, en el entendido de que esas pruebas deben abarcar “todo” el delito, no sólo una parte de él, porque hay delito cuando se reúnen los elementos que lo integran; si alguno de ellos falta, no hay delito, y por ende es improcedente la consignación. Efectivamente, se está imputando al indiciado la realización de una conducta punible que puede estar integrada por elementos objetivos, subjetivos y normativos, y no sólo una parte de aquélla. Lo que sucede es que aún no se han reunido todas las pruebas que permitan asegurar —con plenitud— que en efecto se ha cometido un delito y que determinada persona es, sin

53 Exp. mot., párr. 21.

54 *Ibidem*, párr. 22.

duda, responsable de él. El proceso se destina a establecer esta plenitud, por medio de la suma de pruebas que en él se reúnan.

El segundo párrafo del artículo 19, según la Iniciativa de reforma, contiene otro punto cuestionable. También aquí se ha querido remediar un achaque de la reforma de 1993, que antes de ahora observé.⁵⁵ El penoso texto en vigor, que quiso elevar a la Constitución un notorio acierto de la reforma de 1987 al Código Federal de Procedimientos Penales.⁵⁶

Literalmente, esa norma permite prolongar indefinidamente la detención, cuando ello no ocurra “en perjuicio”, sino en beneficio del inculpa-do; tal cosa sucedería, *verbi gratia*, si aquél deseara reunir ciertas pruebas que se encuentran a gran distancia, en archivos particulares u oficiales ex-tranjeros, o recabar el testimonio de una persona que no puede ser habida fácilmente o no está en condiciones de declarar. Aplicado el artículo en sus términos, el inculpa-do podría aceptar una prolongada detención sin auto de procesamiento, en tanto la demora le beneficia para mejorar sus condiciones de defensa.

Para colmo, el vigente artículo 19 no dispone que esa ampliación de plazo quede sujeta a un pedimento del inculpa-do o de su defensor; por ende —siempre dentro de una interpretación literal, muy estricta— el juz-gador podría creerse facultado para prolongar la detención, casi *sine die*, si en su concepto esa demora favorece al inculpa-do.

La reforma que se quiere hacer en 1998 alivia el desacierto, pero no alcanza a corregirlo.⁵⁷ Bien está que se disponga que el “término” —*rec-tius*, plazo— de setenta y dos horas “podrá prolongarse únicamente a pe-tición del indiciado, en la forma que señale la ley”. Pero mal está que se

55 *El nuevo procedimiento penal...*, cit., pp. 47 y ss.

56 Me refiero al segundo párrafo del artículo 161, que permite la duplicación del plazo de se-senta y dos horas para dictar auto de formal prisión, incorporado por decreto del 23 de diciembre de 1987 *Diario Oficial de la Federación*.

57 Señala: “Este término podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado (*rectius*, incul-pado o procesado), en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad en donde se encuentre internado el indiciado (mismo co-mentario; además, obsérvese la defectuosa redacción: el indiciado no se encuentra internado “en” una autoridad; debió decirse: “la autoridad superior del establecimiento en el que se encuentra reclui-do —o internado— el inculpa-do”), que dentro del término (*rectius*, plazo) antes señalado no reciba copia autorizada del auto de formal prisión o de aceptación de la solicitud de prórroga, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término (es decir, el plazo), y si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrá al indiciado en libertad (esto es: si no recibe aquella constancia, deberá poner al inculpa-do en libertad al transcurrir tres horas contadas desde el momento en que concluyó la primera etapa de setenta y dos horas; por ello, aquí surge un verdadero término, ya no un plazo).

insista en desvanecer las virtudes del cambio reiterando que “la prolongación de la detención en... perjuicio (del inculpado) será sancionada por la ley penal”. Esta frase, como otras similares que hay en la Constitución, hace pensar que el Constituyente cree necesario instruir directamente al legislador penal sobre los tipos que debe incorporar en el código de la materia.

Desde luego, es erróneo hablar en este caso de una petición del “indiciado”, si se toma en cuenta que la doctrina suele denominar de este modo al inculpado (expresión genérica: desde el inicio de la averiguación hasta el final del proceso) en el periodo comprendido entre el primer acto de la investigación (que es la denuncia o la querrela, aun cuando la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada añadió la delación, sin llamarla así) y el inicio del proceso. El empleo de la voz inculpado, en este caso, responde a la idea de que el proceso se inicia con el auto de formal prisión o el de sujeción a proceso,⁵⁸ que deja fuera del proceso diversos actos realizados cuando ya existe una relación procesal triangular bajo el poder del juzgador; por ello, no es posible suscribir ese criterio.⁵⁹ Esa misma idea aparece, explícitamente, en la exposición de motivos.⁶⁰

3. Artículo 20⁶¹

En lo que respecta a la reforma de este crucial precepto del sistema procesal penal mexicano, la propuesta avanza hacia un juicio penal en ausencia del inculpado, como adelante referiré. Este paso tan peligroso se

58 Los más modernos códigos de procedimientos penales del país, correspondientes a los estados de Morelos (1996; artículos 169 y ss.) y Tabasco (1997; los mismos números de artículos), abarcan los autos de formal prisión y sujeción a proceso bajo el rubro de autos de “procesamiento”.

59 Lo impugno en mi *Curso de derecho procesal penal*, cit., pp. 502-504, en el que sostengo que el proceso comienza con el auto cabeza de proceso, de inicio o de radicación. Nótese, por otra parte, que el nuevo párrafo penúltimo del artículo 20, que propone la Iniciativa, se refiere al inculpado, no al indiciado, en una etapa comprendida entre los autos de radicación y de procesamiento: periodo que se halla entre aquel auto y la declaración preparatoria del sujeto. Existe, pues, una diferencia, y acaso una incongruencia, en las propuestas que se hacen a propósito de los artículos 19 y 20.

60 “La reforma a los artículos 16 y 19 propuesta, pretende evitar que la actividad del Ministerio Público y del juez, durante la fase de preinstrucción —antes del proceso legal—, sea una verdadera etapa de instrucción, es decir, un juicio sumario...”. Exp. mot., párr. 20. Independientemente de lo muy discutible de este argumento, en cuanto se trata del alcance que debe tener la cuestionada actividad del Ministerio Público y del juzgador, tómesese en cuenta la expresión “antes del proceso legal”. Se colige, pues, que la actividad del juzgador posterior a la consignación y anterior al auto de procesamiento, es algo que ocurre “antes del proceso legal”, y por ende no forma parte de él.

61 La reforma a este artículo no prosperó gracias al dictamen elaborado por la Cámara de Senadores.

sustenta en diversas consideraciones. Así, se dice que la evasión de presuntos responsables “se traduce en impunidad y genera una justificada irritación de la sociedad mexicana y el cuestionamiento de la eficiencia y credibilidad de las instituciones encargadas de procurar e impartir justicia”;⁶² la suspensión del proceso que en esos casos sobreviene, implica que “a la víctima también se le suspende su derecho al resarcimiento del daño que le fue causado”;⁶³ el curso de la prescripción, que no se suspende, alienta las evasiones;⁶⁴ y el inculpado que nuevamente queda a disposición de la justicia puede obtener su libertad caucional.⁶⁵

Antes de seguir adelante, creo útil advertir que la lectura del proyecto y de la exposición de motivos sugieren que el proyectista ha tenido en cuenta, principalmente, los casos en que un individuo sujeto a proceso efectivamente se sustrae a la acción de justicia, dándose a la fuga, ocultándose de la policía que lo busca, viajando a otro lugar de la República o a otro país. En efecto, han existido algunos casos de esta naturaleza, muy espectaculares. Pero el proyecto no está dirigido específicamente a estas hipótesis, sino a todos los supuestos de sustracción a la justicia, cuyas características son por completo diferentes. No sobra agregar que lo más irritante para la opinión pública —y desde luego, para los millares y millares de ofendidos por múltiples delitos— no es tanto que el inculpado se traslade al extranjero —cosa que sólo pueden hacer unos cuantos, entre muchos—, sino que en gran número de casos no se logre el esclarecimiento del hecho, la identificación de su autor, la consignación y condena de éste, la reparación del daño. El verdadero problema —un gran problema, es cierto— está aquí, no allá.

Frente a todo eso se erige la propuesta de adición de un párrafo al artículo 20 constitucional, que encierra uno de los aspectos más preocupantes del proyecto: el juicio penal en ausencia. En esto reside, esencialmente, la novedad, cualquiera que sea el nombre que se le acomode. Hasta hoy, ningún juicio penal puede llevarse adelante sin la presencia del inculpado; entre nosotros, ésta ha sido una regla del debido proceso; constituye, en fin de cuentas, la más evidente expresión, aunque no la única, de la garantía de audiencia. En alguna medida —pero no absolutamente— la garantía de audiencia del inculpado en un proceso penal se sustenta en la posibilidad

62 Exp. mot., párr. 24.

63 *Ibidem*, párr. 26.

64 *Ibidem*, párr. 27.

65 *Ibidem*, párr. 28.

real y efectiva de que se halle presente en el proceso que contra él se sigue. Obviamente, no me refiero a un proceso penal hipotético, metafísico, de catálogo, sino a uno concreto y verdadero, como las cosas son, con hombres de carne y hueso en ambos lados de la barandilla.

Al proponer tal cambio en el artículo 20 constitucional —que ejercerá un profundo impacto en todo el sistema procesal penal mexicano—, la exposición de motivos declara que con ello se contribuirá “a modernizar el enjuiciamiento penal mexicano...”.⁶⁶ En este caso, la modernización reside en la supresión de una garantía.

Sabemos bien que en otros países y bajo otras leyes existe la posibilidad de realizar algunos procedimientos penales en ausencia del imputado. Hay casos conocidos —aunque mucho menos inquietantes que la fórmula sugerida en el proyecto que ahora analizo— como el procedimiento italiano por decreto, que en su primera etapa excluye el proceso acusatorio,⁶⁷ procedimiento que ha tenido un papel marginal —señalan los analistas— a causa de las escasas garantías que ofrece;⁶⁸ y como el procedimiento español contra reos ausentes, que jamás prosigue hasta sentencia.⁶⁹

Se suele mirar con cierta reticencia, o con franca repugnancia, el juicio penal en ausencia. Entre nosotros es frecuentemente invocado el apreciable Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. En éste figura el cuestionado procedimiento contra ausentes. Al respecto, los autores del proyecto explican que en el proyecto recogieron ciertos procedimientos especiales “para responder a las características específicas de los derechos nacionales”. A continuación, esos autores señalan que el primero de tales procedimientos “se refiere al procedimiento contra ausentes, que no se recomienda y que se limita, aun para el caso de que se adopte, a delitos leves”.⁷⁰ En otro lugar de la exposición de motivos reiteran que el proce-

⁶⁶ *Ibidem*, párr. 34.

⁶⁷ Artículos 159 y siguientes del Código Italiano de Procedimiento Penal, que trata este caso en el Libro VI, a propósito de los “Procedimientos especiales”.

⁶⁸ “*Sino ad oggi, il vecchio istituto ha avuto, a causa delle sue scarsi garanzie, un ruolo marginale...*”. Centro Superiore Studi Giuridici Collana Omnia Iura, *Elementi di diritto processuale penale*, Milán, Ed. Sipiel, 1989, p. 106.

⁶⁹ Bajo la Ley de Enjuiciamiento Criminal, continúa el proceso que se halla en fase de sumario “suspendiéndose después su curso y archivándose los autos y las piezas de convicción que pudieran conservarse y no fueren de un tercero irresponsable” (artículo 840); y si se hallare pendiente el juicio oral, “se suspenderá éste y se archivarán los autos” (artículo 841).

⁷⁰ Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, *Código procesal penal modelo para Iberoamérica. Historia, antecedentes, exposición de motivos y texto del proyecto*, Buenos Aires, Ed. Hamurabi, 1989, p. 31.

dimiento contra ausentes “no es recomendable (principio de inviolabilidad de la defensa), al menos para las persecuciones penales que tienen como objeto un delito”.⁷¹

La Iniciativa de reformas constitucionales abre la posibilidad de privar al inculpado de diversas garantías que hasta ahora ha tenido; es así, en tanto resuelve que cuando el inculpado se evada en cualquier momento después de rendida su declaración preparatoria, continuará el proceso —que actualmente debe suspenderse, sin perjuicio de la realización de algunas diligencias, entre ellas las conducentes a satisfacer ciertos aspectos de la reparación del daño—⁷² y asimismo dispone que “las actuaciones procesales previstas en las fracciones I, IV, V, VII y IX de este artículo (20 constitucional) deberá llevarlas a cabo de manera personal y no podrá hacerlo a través de representante”.⁷³

También es muy importante observar que ese procesamiento en ausencia —en el que naufragan el principio acusatorio y el contradictorio inherente al proceso penal democrático— rige en todos los casos. Aquí no hay limitación alguna, como existe en ordenamientos de otros países, que han instituido el proceso penal en rebeldía, pero lo han reducido a supuestos de relevancia menor.

En la exposición de motivos se explica que “la reforma presupone que el presunto responsable ha rendido su declaración preparatoria y, por consecuencia, ha sido debidamente enterado de los hechos que se le imputan y de los derechos que le asisten durante el enjuiciamiento”.⁷⁴ Atentos a esta explicación y al texto recogido en el proyecto, pudiera colegirse, entendido éste a *contrario sensu*, que el proceso se suspenderá cuando la evasión ocurre antes de que el inculpado rinda declaración preparatoria. También pudiera entenderse que se suspende cuando, llegado al punto de formular dicha declaración, el inculpado se abstiene de hacerlo —abstención que se ampara en la fracción II del mismo artículo 20 constitucional—, puesto que no rendir declaración es exactamente lo contrario

71 *Ibidem*, p. 152.

72 Artículos 468, fracción I y párrafo final, 469 y 470 del Código Federal de Procedimientos Penales, y 477, fracción I y párrafo último, 478 y 479 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

73 El párrafo completo que propone la Iniciativa dice así: “En el evento de que el inculpado se evada en cualquier momento después de que haya rendido su declaración preparatoria, el proceso no se suspenderá y en estos casos todas las actuaciones procesales previstas en las fracciones I, IV, V, VII y IX de este artículo deberá llevarlas a cabo de manera personal y no podrá hacerlo a través de representante”.

74 Exp. mot., párr. 31.

de lo que menciona la hipótesis expresamente considerada en el nuevo texto que se propone incorporar en el penúltimo párrafo del artículo 20: que el inculpado “haya rendido su declaración preparatoria”.

El proceso penal en ausencia tiene como supuesto la “evasión” del inculpado, concepto que no se analiza en la exposición de motivos. Esta referencia, que constituye un dato clave para determinar cuándo es posible emprender el proceso penal en ausencia —eso es, aunque no se le denomine así—, no resulta muy afortunada. En el conjunto de la legislación penal, la evasión es un delito, cuyo tipo —o tipos— requiere el quebranto de la privación de libertad en que se halla alguna persona, trátase de detenido, de procesado o de condenado.⁷⁵ Dicho sea de paso, el derecho penal sustantivo no sanciona penalmente la mera evasión del sujeto⁷⁶ —que el proyecto constitucional propone castigar procesalmente, y el proyecto secundario, penalmente,⁷⁷ además de procesalmente—,⁷⁸ porque recoge la amplia y reiterada corriente que aconseja no penar una conducta natural en cualquier persona: recuperar la libertad.⁷⁹ En todo caso, no parece ra-

75 En el Libro Segundo del Código Penal, el título cuarto (Delitos contra la seguridad pública) contiene un capítulo I acerca de “Evasión de presos” (artículos 150-154). Ciertamente, una consideración más puntual sobre el bien jurídico tutelado en los tipos correspondientes llevaría a la conclusión de que se trata de ilícitos contra la administración de justicia, como lo han reconocido los nuevos códigos penales de Morelos (de 1996; artículos 304-308) y Tabasco (de 1997; artículos 274-279).

76 Dice el artículo 154 del Código Penal para la Federación y el Distrito Federal: “Al preso que se fugue no se le aplicará sanción alguna, sino cuando obre de concierto con otro u otros presos y se fugue alguno de ellos, o ejerciere violencia en las personas, en cuyo caso la pena aplicable será de seis meses a tres años de prisión”.

77 La Iniciativa de reformas y adiciones penales secundarias contraviene la arraigada tradición que menciono en la nota siguiente, y para ello instituye nada menos que un tipo penal vinculado al quebrantamiento del arraigo (como no lo hay en el supuesto de la pena de prisión y en los de otras sanciones), con lo cual se clasifica como delictuosa una conducta menos grave (la vulneración de la medida precautoria, que siempre tiene carácter precautorio) y no se tipifica como tal una más grave (la vulneración de la prisión preventiva, medida más severa que el mero arraigo, y de la prisión punitiva, que ya no es una figura cautelar, sino una sanción penal dispuesta en sentencia definitiva). El proyectado segundo párrafo del artículo 178 crea el tipo penal de referencia, como sigue: “Al que sin causa legal desobedeciere el mandato de arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica dictado en su contra por la autoridad judicial, se le aplicarán de uno a tres años de prisión y multa de diez a doscientos días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de realizarse la conducta sancionada”.

78 La principal sanción procesal, supresora de garantías, es la relacionada con el juicio penal en ausencia del inculpado, que propone crear el proyecto de reforma constitucional. En el proyecto secundario relativo al Cfp. se agrega otra sanción procesal (o bien, se desarrolla la que pudiera hallarse implícita en la reforma constitucional): exclusión de libertad provisional, que se supone fundada en el nuevo párrafo antepenúltimo del artículo 20 constitucional.

79 Mariano Jiménez Huerta observa que la sensata exclusión penal contenida en el artículo 154 “implica una plasmación legislativa de la causa de inculpabilidad de no exigibilidad de otra conducta”. Es interesante recordar los antecedentes que ese mismo autor menciona. El fundamento del pre-

znable suponer que el proyecto introduce el juicio en ausencia solamente cuando se trate de la evasión de un recluso.

Es posible que la referencia contenida en la Iniciativa que examino equivalga a la hoy denominada “sustracción a la acción de la justicia”, que existe desde que se dicta una orden de aprehensión, comparecencia o reaprehensión hasta que ésta se ejecuta.⁸⁰ La propuesta de reforma ha tomado en cuenta que a menudo los culpables se sustraen a la acción de la justicia, y con ello paralizan el proceso. No está de más recordar —sólo invocando la realidad, siempre buena consejera— que esas evasiones o sustracciones no se presentan únicamente en el caso de los culpables; también en el de muchos inocentes.

Ahora bien, para extremar la necesidad de seguridad pública y justicia, sin poner por ello a cargo del propio inculpado —a quien aún no se declara culpable— el deber estoico de someterse a la justicia, sin ceder a tentaciones ni a temores, un ordenamiento más celoso de las garantías procesales y del equilibrio de intereses en el proceso ha extendido el plazo para que opere la prescripción de la pretensión punitiva cuando por hallarse el inculpado fuera del alcance de la justicia nacional no sea posible integrar una averiguación previa, concluir un proceso o ejecutar una sanción,⁸¹ ampliación que el proyecto de reforma secundaria adopta y aplica a todos los supuestos de delito grave.⁸² Aquella solución, que

cepto —escribe— “hállase en las razones expuestas hace más de un siglo por Pacheco, quien al comentar el Código Penal español de 1848 afirmó: ‘Lo que excusa al encarcelado que se fuga... es el instinto necesario de la naturaleza humana que nos hace huir del mal, evitar el dolor... ¿Teméis que se os escapen los presos? Tened cárceles seguras...; pero no os extrañéis si se aprovechan de vuestros descuidos, porque para eso sería menester que fueren santos o que no fuesen hombres’”. Y modernamente, Quintano Ripollés considera que la no evasión en los casos en que la puerta estuviere abierta ‘...requeriría un puritanismo que la historia celebra y admira en un Sócrates, pero que el Derecho penal establecido para el mantenimiento de un nivel medio de moralidad, no debe incriminar...’”. *Derecho penal mexicano. La tutela penal de la familia y de la sociedad*, México, Porrúa, 1980, t. V, pp. 123 y 124.

⁸⁰ Así, el último párrafo del artículo 149 del Código Federal de Procedimientos Penales señala: “Se entiende que el inculpado se encuentra sustraído a la acción de la justicia a partir del momento en que se dicta en su contra orden de aprehensión, reaprehensión o comparecencia, y hasta en tanto se ejecuta ésta”.

⁸¹ A este respecto, tómesese en cuenta el segundo párrafo del artículo 101 del Código Penal, que en las hipótesis señaladas dispone la duplicación de los plazos para la prescripción.

⁸² Es así que el segundo párrafo del artículo 101 Cp. reformado prevendría: “Los plazos para la prescripción se duplicarán respecto de quienes se encuentren fuera de territorio nacional, si por esta circunstancia no es posible integrar una averiguación previa, sujetar a un inculpado al correspondiente proceso, o ejecutar una sanción, así como en los casos de delito calificado como grave”. Como se desprende de la simple lectura del proyecto de reforma secundaria, la duplicación que hasta ahora ha

aportó la reforma de 1983 al Código Penal, permite atender las necesidades de la justicia, sin desorbitar el imperio punitivo del Estado —o convertir la carga moral en carga penal—, como ocurriría si se dispusiera una absoluta imprescriptibilidad o se extendiera tanto el plazo para la prescripción que llegase a rebasar el mejor pronóstico de duración de una vida humana.⁸³

Por lo tanto, el proceso, puesto en movimiento con inexorable impulso, no se detendrá hasta arribar a la sentencia, que puede ser condenatoria. Seguirá su curso, con normalidad, así deje en el camino un buen número de garantías que ya no serán de indispensable observancia. Habrá proceso y condena aunque el inculpado no pueda pedir y obtener su libertad provisional (fracción I),⁸⁴ no sea careado con quienes depongan en su contra (fracción IV), no presente testigos ni otras pruebas (fracción V), no obtenga los datos que solicite para su defensa y consten en el expediente (fracción VII), y no sea informado de sus derechos constitucionales, ni disponga de persona que lo defienda (fracción IX).

El proyecto se refiere directa e inmediatamente a estas garantías, citadas por remisión a las fracciones respectivas del artículo 20. Incurrir en una confusión cuando dice que el inculpado, al haber rendido su declaración preparatoria, ya está al tanto de los derechos que le asisten durante el enjuiciamiento.⁸⁵ Independientemente de lo que pudieran establecer las disposiciones procesales secundarias, sucede que las normas constitucionales —que son las invocadas en el proyecto— no avalan aquella afirmación. La Iniciativa no solicita desechar la aplicación de la fracción III del artículo 20, sobre declaración preparatoria, sino de la fracción IX,

regido para el caso de que el inculpado se encuentre fuera del país, se aplicaría también a los casos de delito grave, independientemente de aquella circunstancia. Sería desmesurado pretender que cuando se halle fuera del territorio nacional el (probable) responsable de un delito grave, el plazo de prescripción se ampliaría dos veces: una por estar fuera del país y otra por tratarse de delito grave.

83 Esto sucede, por ejemplo, en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en cuyos términos el plazo de prescripción puede prolongarse hasta ¡ciento ochenta años! *Cfr. Delincuencia organizada...*, *cit.*, pp. 129 y 130.

84 La Iniciativa secundaria propone que en una nueva fracción V del artículo 399 Cfp., que establece las condiciones para la libertad provisional, se especifique: “Que no se hubiere incumplido el mandato de arraigo o prohibición de abandonar una determinada demarcación geográfica pronunciado, en su caso, en contra del inculpado y que no medie oposición, debidamente justificada, por parte del Ministerio Público en los términos del artículo 20, fracción I Constitucional”.

85 Sobre el particular, señala la Exp. mot.: “la reforma presupone que el presunto responsable ha rendido su declaración preparatoria y, por consecuencia, ha sido debidamente enterado de los hechos que se le imputan y de los derechos que le asisten durante el enjuiciamiento”, *ibidem*, párr. 31.

y es precisamente en ésta donde se expresa que “desde el inicio de su proceso (el inculpado) será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada...”.

Así las cosas, el sistema procesal acusatorio, que exige un proceso entre partes, habrá naufragado. Es posible que elevemos un castillo de argumentos para demostrar que no sucederá tal cosa. Me atrevo a pensar que sí sucederá, porque lo prohija el texto escueto de ese párrafo estremecedor que acaso se incluirá en el artículo 20. Habremos construido, en consecuencia, un tipo de proceso diferente: uno de garantías recortadas, reducidas, extraviadas.

Todavía sobre este punto, debo invocar otras expresiones de la propia exposición de motivos. Se asegura que pese a la reforma, “el derecho de audiencia y defensa permanecerán incólumes, vigentes y expeditos para que su titular los ejerza”.⁸⁶ Difícilmente se puede sostener tal cosa, habida cuenta de que el proceso sigue adelante, inexorablemente, con o sin el inculpado.

Líneas adelante se declara: “La reforma que se propone, pretende que el derecho de defensa se circunscriba a su ejercicio personalísimo e indelegable, a fin de alentar la presencia del presunto responsable ante la autoridad judicial...”.⁸⁷ Esta expresión pudiera ajustarse al procedimiento vigente, pero no al que resultará de la reforma. Si en una parte de aquella frase se reconoce que el derecho de defensa se circunscribe a su ejercicio personalísimo e indelegable, ¿cómo es posible que se instituya un procedimiento en ausencia, donde, por definición, no se desahoga ese derecho en la forma personalísima e indelegable que quiere la Iniciativa? ¿No nos encontramos entonces ante un proceso penal sin defensa del inculpado?

Como antes dije, la exposición de motivos sostiene que la reforma contribuirá a mejorar la situación de la víctima del delito, a la que, en los términos de la ley vigente, también se le “suspende” su derecho como efecto de la suspensión del procedimiento. Esta afirmación amerita algunas consideraciones.

Por lo pronto, la ley procesal actual no desconoce, sino reconoce expresamente la posibilidad de adoptar medidas precautorias en favor del ofendido cuando se suspende el procedimiento por la sustracción del in-

86 Exp. mot., párr. 32.

87 *Ibidem*, párr. 33.

culpado a la justicia.⁸⁸ Asimismo, la ley penal manifiesta que el ofendido está legitimado para reclamar por la vía civil el resarcimiento que no pueda obtener por la penal, en virtud de no ejercicio de la acción.⁸⁹ Empero, no ignoro que esta disposición pudiera entenderse en sentido restrictivo: es decir, sólo cuando existe una resolución formal de no ejercicio de la acción (sostenida por la autoridad judicial, bajo el imperio del cuarto párrafo del artículo 21 constitucional).

Así las cosas, la reforma del derecho mexicano pudo y debió emprenderse desde otro ángulo, para mejorar las facultades del ofendido, sin reducir las garantías constitucionales del inculpado. Esto sucedería si se reconociera, con todos los efectos pertinentes, el carácter civil de la reclamación de restitución, daños y perjuicios, como han comenzado a hacerlo algunos ordenamientos estatales progresistas.⁹⁰

Conviene considerar las consecuencias procesales inmediatas de la vigencia del nuevo artículo 20. Para ello tómese en cuenta la disposición del artículo segundo transitorio del proyecto de decreto de reformas y adiciones constitucionales: “Los procedimientos penales que se encuentren... suspensos a la fecha de entrada en vigor del presente Decreto, continuarán su curso en los términos que el mismo establece”. Por ende, se reabrirán

88 La suspensión del proceso fundada en la sustracción del inculpado a la acción de la justicia no impide que el juzgador pueda adoptar medidas cautelares patrimoniales a solicitud del Ministerio Público, el ofendido o los legítimos representantes de éste: artículos 468, fracción I y párrafo final, y 149 del Código Federal de Procedimientos Penales, y 477, fracción I y párrafo final, y 35 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

89 Introducido por reforma penal de 1983, que afianzó el rumbo progresista y democrático del derecho penal mexicano, el cuarto párrafo del artículo 34 del Código Penal Federal y distrital estatuye: “Quien se considere con derecho a la reparación del daño, que no pueda obtener ante el juez penal, en virtud de no ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público, sobreseimiento o sentencia absolutoria, podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente”.

90 Los códigos penales —y en su seguimiento, los procesales penales— de Morelos (1996) y Tabasco (1997) imprimieron un gran cambio al derecho mexicano en lo que respecta a la reparación de daños y perjuicios privados que son consecuencia de un delito. Se sabe que desde 1931 esta reparación ha tenido el muy discutible carácter de “pena pública” (artículo 34, primer párrafo, del código de la materia para la Federación y el Distrito Federal), y por ende sólo el Ministerio Público —bajo monopolio en el ejercicio de la acción— ha podido reclamarla, salvo que la obligación recaiga en terceros. Critiqué este sistema hace muchos años, en uno de mis primeros trabajos, presentado en el Segundo Congreso Mexicano de Derecho Procesal (Zacatecas, 1966), “La acción en el proceso penal”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. XVII, núm. 65, 1967, pp. 162 y ss. y 171, reproducido en García Ramírez, *Estudios penales*, Saltillo, Universidad Autónoma de Coahuila, 1982, pp. 107 y ss. Los códigos de aquellos dos estados sostienen, por vez primera en más de sesenta años, que la reparación es consecuencia civil del delito y puede ser reclamada (con acción principal) por el ofendido, y sólo en defecto o a solicitud de éste (con acción subsidiaria), por el Ministerio Público. Los correspondientes ordenamientos adjetivos prevén el procedimiento adecuado para tal fin.

todos los procesos en que exista suspensión debida a la sustracción del inculpado a la acción de la justicia y proseguirán en ausencia de éste, con las restricciones o exclusiones de garantías que contendrá el artículo 20.

4. Artículo 22⁹¹

Vayamos ahora al artículo 22. La explicación específica de esta propuesta indica, entre otras cosas, que el poder económico de la delincuencia “debe romperse como premisa básica para la desintegración real de los grupos delictivos”,⁹² afirmación que ciertamente es incuestionable; se añade que actualmente “los instrumentos, objetos y productos del delito respecto de los cuales consta en autos su procedencia ilegal, pueden llegar a legitimarse si ocurren circunstancias extraordinarias, como la muerte del inculpado”,⁹³ y se observa que “los delincuentes, sus cómplices y beneficiarios no deben, bajo ninguna circunstancia, gozar del producto de hechos ilícitos”.⁹⁴

Desde hace algún tiempo, en el artículo 22 constitucional se ha refugiado —sobre todo a partir de la reforma de 1996— una inversión de la carga de la prueba y una consecuencia penal —pena: el decomiso— por una conducta, o mejor dicho, por una situación, cuyo carácter delictuoso no se ha probado en juicio. En tal virtud, el texto vigente del artículo 22, que no se modifica en la propuesta de reforma, incurre en una doble revisión de los principios del derecho penal ortodoxo, que muchos llaman derecho penal democrático: primero, cesa de tener aplicación la regla, cuyo entrañamiento en el Estado de derecho sobra ponderar, de que nadie puede ser condenado a una pena si ésta no es consecuencia de un delito, debi-

91 Por el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 8 de marzo de 1999 se adicionó un tercer párrafo del artículo 22: “No se considerará confiscación la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables. La autoridad judicial resolverá que se apliquen en favor del Estado los bienes que hayan sido asegurados con motivo de una investigación o proceso que se sigan por delitos de delincuencia organizada, cuando se ponga fin a dicha investigación o proceso, sin que haya un pronunciamiento sobre los bienes asegurados. La resolución judicial se dictará previo pronunciamiento en el que se otorgue audiencia a terceros y se acredite plenamente el cuerpo del delito previsto por la ley como delincuencia organizada, siempre y cuando se trate de bienes respecto de los cuales el inculpado en la investigación o proceso citados haya sido poseedor, propietario o se haya conducido como tales, independientemente de que hubieran sido transferido a terceros, salvo que éstos acrediten que son poseedores o adquirentes de buena fe.”

92 Exp. mot., párr. 35.

93 *Ibidem*, párr. 36.

94 *Ibidem*, párr. 38.

damente acreditado en un proceso penal; y segundo, deja de tener aplicación la regla de que al Estado corresponde probar el delito y la responsabilidad penal, y no al inculpado acreditar su buena conducta o su inocencia con respecto a los cargos o las “sospechas” que contra él se dirigen.⁹⁵

Coincido totalmente con el legislador de 1996 en que es preciso, yo diría que indispensable, afectar a los delincuentes en la fuente misma de su conducta criminal, en los fines que con ella pretenden, en los instrumentos de que se valen. Esto forma parte del legítimo esfuerzo por cancelar todo comercio con bienes de procedencia ilícita. Pero considero que esa afectación debiera producirse dentro del marco del Estado de derecho, y no desmontando principios inherentes a éste con el argumento —que puede parecer persuasivo, lo reconozco— de que es preciso abandonar determinados principios en aras de alcanzar ciertos objetivos plausibles. En otros términos, no cumulo con la idea de que el fin justifica los medios.

El proyecto de reforma que se analiza en 1998⁹⁶ pudo reexaminar la cuestionable solución de 1996. No ha sido así. En cambio, propone añadir al texto vigente un nuevo párrafo en el que se amplía la posibilidad de practicar el decomiso, denominado aplicación de bienes a favor del Estado. Efectivamente, el proyecto y su exposición de motivos evitan referirse al decomiso; en este punto aluden siempre a la “aplicación de bienes” a favor del Estado. Existe, pues, la idea de que aquí no vienen al caso un delito, un delincuente, una sanción que sea consecuencia de aquél, un juicio penal y una condena de este orden. Todo ello queda tras el concepto de aplicación de bienes, erigido como algo diferente del decomiso, aun cuando el parecido entre éste y aquél sea verdaderamente asombroso, salvo en los supuestos que lo legitiman.

En todo caso, lo que se puede admitir es que la aplicación forzosa de bienes de un particular al Estado es el género, y el decomiso es la especie. Para saber si nos encontramos ante otra especie —no el decomiso— de la aplicación de bienes, será preciso acreditar que esa otra especie ofrece elementos relevantes que lo distinguen de la especie clásica, acostumbrada,

95 De esto me ocupé en *Delincuencia organizada...*, cit., pp. 61 y ss., y 169 y ss.

96 El párrafo propuesto dice: “La autoridad judicial podrá resolver que se apliquen a favor del Estado los bienes que sean instrumento, objeto o producto de aquellos delitos graves o previstos como de delincuencia organizada, que señale la ley, cuando exista resolución que ponga fin al proceso penal en la que no hubiere un pronunciamiento sobre dichos bienes; se encuentre acreditada en autos la existencia de los elementos objetivos del tipo penal, y se trate de bienes sobre (*sic*) los que el inculpado fuera poseedor, propietario o se conduzca como tal, independientemente de que hubieran sido transferidos a terceros, salvo que éstos acrediten que son poseedores o adquirentes de buena fe”.

reconocida: el multicitado decomiso. Me parece que esto no sucede en el caso que aquí se examina.

En lo que toca a este asunto, la exposición de motivos es explícita cuando manifiesta, en dos párrafos diferentes, que la adición de un último párrafo al artículo 22 “pretende crear una nueva figura jurídica”, que ya existe en otros países;⁹⁷ y que

es importante precisar que esta nueva figura es distinta e independiente de la responsabilidad penal. No se trata de una pena que se imponga a un delincuente por la comisión de un delito, ya que para ello existe el decomiso. Más bien se trata de una acción de que dispone el Estado para que una vez demostrada la relación causa-efecto entre el bien y los elementos objetivos del delito, se transfiera su propiedad en beneficio de la colectividad.⁹⁸

Sin embargo, la esencia de la nueva figura jurídica es precisamente la de una sanción expropiatoria o desposesoria derivada de un delito. No sustento esta afirmación solamente en el hecho —que pudiera ser significativo— de que la medida de referencia se localice precisamente en un artículo de la ley suprema relativo a penas proscritas, a confiscación y a decomiso. Más bien considero ahora que la llamada —eufemísticamente— aplicación de bienes a favor del Estado constituye: a) un acto de la autoridad persecutoria, el Ministerio Público, que solicita la intervención judicial y la aplicación de una medida que afecta derechos de un particular; b) un acto de autoridad judicial que priva a un sujeto de ciertos bienes y de los derechos sobre ellos, como sucede en el decomiso; c) ese acto de autoridad se funda en una relación de derecho penal, puesto que se alude a objetos, instrumentos y productos de un delito, y no en una relación de otro carácter, ajena al ámbito material de aplicación de la norma penal; y d) ese mismo acto se valida en la medida en que se han acreditado los elementos objetivos de un tipo penal, no los elementos o datos de algún otro supuesto jurídico. En fin, la definición del decomiso sustenta perfectamente la idea de que la aplicación al Estado de los bienes del probable infractor de la ley penal —o de terceros, que los reciben de éste— constituye precisamente un decomiso.⁹⁹

97 Esta figura “ya existe en otros países que, como el nuestro, han buscado nuevas formas y están en constante lucha contra la delincuencia ante situaciones que se presentan en la práctica y que con las instituciones jurídicas tradicionales se dificulta enormemente enfrentar”. Exp. mot., párr. 39.

98 *Ibidem*, párr. 44.

99 Me limitaré a citar la definición del decomiso que contiene el *Diccionario* del Instituto de In-

El decomiso se asocia solamente —por lo que hace a supuestos constitucionales— con el enriquecimiento ilícito de servidores públicos y la vinculación del dueño con la delincuencia organizada. La Iniciativa de 1997 se refiere también a delitos graves en general, aunque pudiera estar aludiendo solamente a algunos de estos delitos, si se quiere entender de este modo la expresión del proyecto cuando dice: “que señale la ley”, indicación que también abarca —bajo la sintaxis del proyecto— a los delitos “previstos como de delincuencia organizada”. En la Exp. mot. se establece que corresponde a la ley determinar los delitos por los que puede procederse a esta aplicación de bienes, y que la ley “únicamente puede considerar aquéllos entre los que se consideren como graves o los de delincuencia organizada”.¹⁰⁰

Todo ello plantea, de entrada, una cuestión espinosa: ¿habrá ilícitos de delincuencia organizada que acarreen el decomiso, al amparo del actual segundo párrafo del artículo 22, y otros que no lo acarreen, bajo el imperio del probable cuarto párrafo, que asépticamente denomina aplicación de bienes a una variedad del decomiso? Para desentrañar la solución es preciso tomar en cuenta, igualmente, el régimen jurídico sustantivo, tan deficiente, que a propósito del delito —o los delitos— de delincuencia organizada establece la discutida ley federal de esta materia.¹⁰¹

El probable cuarto párrafo del artículo 22 constitucional no se ha correlacionado puntualmente con el segundo párrafo, a efecto de precisar las diversas soluciones que cada uno de ellos suscita, así como las distintas hipótesis que cubre; por ello, tendremos dos sistemas sobre el decomiso: el previsto en el segundo párrafo y el instituido en el cuarto, que ciertamente regulan la materia en forma diversa.

El proyecto faculta al juzgador para resolver la aplicación de bienes en favor del Estado, cuando éstos sean “instrumento, objeto o producto de delitos graves o previstos como de delincuencia organizada, que señale

vestigaciones Jurídicas de la UNAM; esta voz fue elaborada por Álvaro Bunster: “Decomiso de los instrumentos y objetos del delito. I. Pena pecuniaria consistente en la privación de la propiedad o posesión de los objetos o cosas con que se cometió el delito y de los que constituyen el producto de él”. *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983, t. III, p. 35 (voz cit.)

¹⁰⁰ Exp. mot., párr. 41.

¹⁰¹ Nuevamente remito a mi análisis del tipo —o los tipos— abarcado(s) por ese ordenamiento, en *Delincuencia organizada...*, cit., pp. 86 y ss., y 169 y ss.

la ley”.¹⁰² Como se advierte, el juzgador no está obligado a ordenar el decomiso y la aplicación de bienes —aunque el proyecto no lo indica, ésta deriva de aquél—, sino se halla facultado para hacerlo. Por ende, aparece aquí un espacio de discreción, que resulta discutible cuando se trata de la imposición de una pena. Es además controvertible que se deje al criterio del tribunal el decomiso de dichos bienes precisamente cuando éstos son instrumento, objeto o producto de un delito, aunque desde luego pudiera haber casos —cuyo análisis no hago aquí, para no prolongar excesivamente estas reflexiones— en que no sea justificable el decomiso.

Para que proceda el decomiso —sigue diciendo la propuesta de adición al artículo 22— es preciso: a) que “exista resolución que ponga fin al proceso en la que no hubiere pronunciamiento sobre dichos bienes”; b) que “se encuentre acreditada en autos la existencia de los elementos objetivos del tipo penal”, y c) que “se trate de bienes sobre los que el inculpado fuera poseedor, propietario o se conduzca como tal, independientemente de que hubieran sido transferidos a terceros, salvo que éstos acrediten que son poseedores o adquirentes de buena fe”.

En el examen de estas propuestas constitucionales hay que rescatar un acierto: a diferencia de lo que hace el segundo párrafo —vigente— del artículo 22,¹⁰³ el proyecto alude precisamente a instrumentos, objetos o productos del delito. Esto fija una relación entre tales bienes, el hecho delictuoso y la responsabilidad del agente, que no existe a la luz, o a la sombra, del citado segundo párrafo. Pero para ello no es necesario reformar la Constitución: las leyes secundarias pueden establecer, como en efecto lo hacen, el decomiso de objetos vinculados de aquel modo con un delito.¹⁰⁴

102 El texto completo del cuarto párrafo del artículo 22, en los términos de la Iniciativa, diría: “La autoridad judicial podrá resolver que se apliquen a favor del Estado los bienes que sean instrumento, objeto o producto de aquellos delitos graves o previstos como de delincuencia organizada, que señale la ley, cuando exista resolución que ponga fin al proceso penal en la que no hubiere un pronunciamiento sobre dichos bienes; se encuentre acreditada en autos la existencia de los elementos objetivos del tipo penal, y se trate de bienes sobre los que el inculpado fuera poseedor, propietario o se conduzca como tal, independientemente de que hubieran sido transferidos a terceros, salvo que éstos acrediten que son poseedores o adquirentes de buena fe”.

103 La segunda parte del segundo párrafo del artículo 22 se limita a decir: “Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial, de los bienes, en caso de enriquecimiento ilícito, en los términos del artículo 109; ni el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como de delincuencia organizada, o el de aquéllos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes”.

104 El artículo 41 del Código Penal para la Federación y el Distrito Federal, regula el decomiso de “los instrumentos del delito, así como las cosas que sean objeto o producto de él”, en vista de las diversas hipótesis que se presentan: que sean de uso prohibido, que sean de uso lícito o que pertenezcan a un tercero.

Si revisamos los supuestos de la resolución judicial, que *supra* mencioné, parece ser que la reforma se propone subsanar una omisión del juez. En efecto, es menester que el proceso haya concluido sin pronunciamiento sobre los multicitados bienes; en otros términos, el juez olvidó —o no creyó pertinente— decidir sobre aquéllos. Ahora bien, como el proyecto indica que ya existe resolución que pone fin al proceso penal y que en ésta no hay pronunciamiento sobre los bienes de marras, lo que tenemos al frente es una resolución definitiva que se considera incompleta.¹⁰⁵ Si es así, ¿que ocurrirá al amparo de la propuesta de reformas? ¿El juzgador negligente deberá “completar” su sentencia o su auto de sobreseimiento? O bien, ¿deberá hacerlo un tribunal de segundo grado?

En cuanto al segundo supuesto, que arriba mencioné (b), la Iniciativa se refiere de nuevo, como lo ha hecho en los artículos 16 y 19, a la mera acreditación de los elementos objetivos del tipo penal, y no a la comprobación de los restantes elementos, si los contiene el tipo respectivo. Cuesta trabajo explicarse cómo fue posible dictar una sentencia condenatoria sin haber “acreditado en autos”, para usar la expresión de la Iniciativa, los elementos subjetivos y normativos incluidos en el tipo; y también cuesta trabajo justificar el decomiso cuando fue absolutoria la sentencia que omitió referirse a los bienes que luego se decomisan.

En el caso del sobreseimiento, tampoco es fácil establecer la justificación de la medida que se pretende, cuando aquella resolución jurisdiccional se dictó —por ejemplo— en virtud de que no existen los hechos delictivos considerados en la consignación y el auto de procesamiento; o bien, porque el inculpado es ajeno a la conducta constitutiva del delito, o porque se halla a cubierto de persecución en función de una causa de licitud, que son algunos de los casos que se pueden suscitar en la aplicación del artículo 298, relacionado con el 138, del Código Federal de Procedimientos Penales.

También hay que considerar ahora otros puntos que ya abordamos al analizar la propuesta de reformas a los artículos 16 y 19. Por ejemplo, ¿cómo se podría sustentar el procedimiento —y acaso la resolución— de

105 En la Exp. mot. se establece que “la aplicación de los bienes en favor del Estado est(á) condicionada a que exista una resolución judicial que ponga fin al procedimiento (*rectius*, proceso) y que en ésta no hubiere un pronunciamiento sobre los bienes. Así, tanto en el caso de que exista un sobreseimiento por cualquier causa, inclusive la muerte, como en el de las sentencias definitivas el Estado tendría acción para romper el poder económico de los delincuentes mediante la aplicación en favor del Estado de los bienes derivados de la existencia de los elementos objetivos del tipo penal”. *Ibidem*, párr. 42.

decomiso o aplicación de bienes que legalmente son de terceros, cuando no se ha podido comprobar —y así se ha dicho, en su caso— la existencia de elementos normativos y subjetivos absolutamente indispensables para establecer que en efecto existe un delito y que esos bienes son o pueden ser, también efectivamente, el producto de un ilícito penal?

Por lo que hace al tercer supuesto, éste amplía la hipótesis del segundo párrafo —vigente— del artículo 22, en tanto añade el caso del “poseedor” a las hipótesis que aquel contempla: ser dueño o conducirse como tal. Además, esclarece un punto que no aclaró el mencionado segundo párrafo: los terceros dueños o poseedores de los bienes —que se entiende les fueron transmitidos bajo algún título jurídico que produce dicha transferencia— deben acudir al juicio penal para acreditar su calidad de poseedores o adquirentes de buena fe. Si no lo hacen, afrontarán las consecuencias del decomiso que ordene el tribunal: expropiación o desposesión.¹⁰⁶

5. Artículo 123¹⁰⁷

La Iniciativa que estoy comentando también sugiere cambios y adiciones en el apartado B) del artículo 123 constitucional, el cual se refiere, al tenor de su párrafo inicial, a las relaciones laborales entre los poderes de la Unión, el Gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores. El proyecto de 1998 propone modificar el primer párrafo de la fracción XIII —que hoy día alude a los “miembros de los cuerpos de seguridad pública” —¹⁰⁸ y agregar a ésta un nuevo tercer párrafo.¹⁰⁹

106 Por ello señalé que “la frase (del artículo 22, como resultó de la reforma de 1996) relativa a los bienes de terceros, respecto de los cuales el inculcado se conduce como dueño, parece sugerir que en estos casos la única prueba que impediría el decomiso es la relativa a la legítima procedencia de los bienes; no bastaría con que el tercero demostrase que es él —y no el sujeto inculcado— quien realmente ejerce los derechos de un propietario, y que el desempeño de éstos por parte del inculcado es sólo aparente”. *Delincuencia organizada...*, cit., p. 64.

107 Por el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 8 de marzo de 1999 se adicionó un tercer párrafo a la fracción XIII del apartado B del artículo 123: “Los militares, marinos, personal del servicio exterior, agentes del Ministerio público y los miembros de las instituciones policiales, se regirán por sus propias leyes... Los miembros de las instituciones policiales de los municipios, entidades federativas, del Distrito Federal, así como de la Federación, podrán ser removidos de su cargo si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento de la remoción señalen permanecer en dichas instituciones, en que proceda su reinstalación o restitución, cualquiera que sea el juicio o medio de defensa para combatir la remoción y, en su caso, sólo procederá la indemnización. La remoción de los demás servidores públicos a que se refiere la presente fracción, se regirá por lo que dispongan los preceptos legales aplicables.”

108 Dice así el primer párrafo: “XIII. Los militares, marinos y miembros de los cuerpos de seguridad pública, así como el personal del servicio exterior, se regirán por sus respectivas leyes”.

109 El texto propuesto para los párrafos primero y tercero de la fracción XIII es el que a continua-

En el texto que se sugiere para el primer párrafo de la fracción XIII, la Iniciativa dice que “los militares, marinos, miembros de las instituciones de seguridad pública, los del Ministerio Público y los de la policía que lo auxilia, así como el personal del servicio exterior, se registrarán por sus propias leyes”. Añade, pues, una referencia a “miembros del Ministerio Público y de la policía que lo auxilia”, corporación a la que dejó sin “apellido” la reforma de 1994-1995 al artículo 21 constitucional,¹¹⁰ en este punto tan irrelevante como prescindible.

Por lo visto, la Iniciativa no considera que el Ministerio Público y la policía que lo auxilia son integrantes del sistema de seguridad pública —lo que haría innecesaria esta parte de la reforma—, a pesar de que así lo indique la Ley General que establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, flamante ordenamiento reglamentario del artículo 21 constitucional en esta materia.¹¹¹

Una vez especificada la presencia del Ministerio Público y de la policía judicial —o de investigaciones, o ministerial, o como se le quiera llamar, puesto que desde la reforma de 1994 se multiplicaron los nombres y caímos en la dispersión terminológica— en la fracción XIII, el nuevo tercer párrafo establece la relación de sujetos de un novedoso sistema de remociones. Estos son “los miembros de las instituciones de seguridad pública e instituciones policiales, de los municipios, entidades federativas y Gobierno Federal”. Como se mira, aquí hay una distinción, difícilmente explicable, entre instituciones de “seguridad pública”, por una parte, e instituciones “policiales”, por la otra, a pesar de que éstas son una especie de aquéllas.

ción transcribo: primero, “Los militares, marinos, miembros de las instituciones de seguridad pública, los del Ministerio Público y los de la policía que lo auxilia, así como el personal del servicio exterior, se registrarán por sus propias leyes”; y tercero, “Los miembros de las instituciones de seguridad pública e instituciones policiales, de los municipios, entidades federativas y Gobierno Federal, podrán ser removidos libremente de su cargo si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento de la remoción señalen para permanecer en dichas instituciones, sin que en ningún caso proceda reinstalación o restitución de la plaza, cargo o comisión, cualquiera que sea el juicio o medio de defensa utilizado para combatir el acto. En su caso, sólo procederá indemnización”.

110 Cfr. mis comentarios en *Delincuencia organizada...*, cit., pp. 57 y ss.

111 La ley fue promulgada el 8 de diciembre de 1995 (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del día 11 del mismo mes) El artículo 2o. indica: “El Sistema Nacional de Seguridad Pública se integra con las instancias, instrumentos, políticas, servicios y acciones previstos en la presente ley, tendientes a cumplir los objetivos y fines de la seguridad pública”. El cuarto párrafo del artículo 3o. dispone: “La función de seguridad pública se realizará en los diversos ámbitos de competencia, por conducto de las autoridades de policía preventiva, del Ministerio Público, de los tribunales...”.

Lo más relevante es que la Iniciativa sugiere un régimen de libre remoción de los miembros de esos cuerpos, “si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento de la remoción señalen para permanecer en dichas instituciones...”. No procede la reinstalación, aunque sí la indemnización, “cualquiera que sea el juicio o medio de defensa utilizado para combatir el acto”. En consecuencia, con este muro se enfrentan el juicio laboral y el mismísimo amparo.

Obviamente, la reforma propuesta en este caso sortea el escollo del primer párrafo del artículo 14 constitucional, que prohíbe dar efectos retroactivos a una ley en perjuicio de cualquier persona. El nuevo párrafo de la fracción XIII del apartado B) del artículo 123 admite la retroactividad desfavorable. En efecto, el individuo designado conforme a ciertas normas —si ese fue el caso—, que se hallaban vigentes cuando se produjo el acto administrativo de designación, que desde entonces generó los efectos que también en ese tiempo se atribuían al nombramiento, conforme al estatuto aplicable al cargo, puede ser removido si no cumple condiciones establecidas por una norma posterior a la fecha de su designación.

Esto no implica inconstitucionalidad, porque el artículo 14 y la nueva disposición del 123 son igualmente constitucionales —aunque pudiera haber cuestión por lo que toca al rango, en concepto de algunos analistas—, sino sólo retroactividad perjudicial permitida. La solución se afianza en el artículo tercero transitorio del proyecto de reforma constitucional,¹¹² que insiste en que los procedimientos en trámite al entrar en vigor la modificación constitucional, “incluyendo —se dice expresamente— los juicios de amparo”, no traerán como consecuencia la restitución o reinstalación en las plazas, cargos o comisiones que ocupaban los demandantes o quejosos.

Comprendo perfectamente el problema que tienen en sus manos las instituciones de procuración de justicia —y policiales, en general—, y la inquietud por depurar sus filas. Nada de esto habría sido necesario si desde hace algún tiempo se hubiera invertido en la buena integración de las instituciones el tiempo, la energía y los recursos que se han destinado a

112 Ese artículo tercero transitorio, según se encuentra en el proyecto, determina lo siguiente: “Las disposiciones expedidas con anterioridad a la entrada en vigor de este Decreto no conceden derecho a los miembros de los cuerpos de seguridad pública e instituciones policiales a la permanencia en el cargo y, por lo tanto, las resoluciones de los procedimientos en trámite, incluyendo los juicios de amparo, en que se hubieran impugnado los actos de cese, remoción, baja o destitución, en ningún caso podrán tener por efecto la restitución o reinstalación en las plazas, cargos o comisiones que ocupaban”.

expedir nuevas leyes y realizar reformas constitucionales. Este caso es un ejemplo precioso de lo que algunas personas han sostenido desde todo el tiempo: apliquemos las leyes, reformemos las costumbres; esto nos ahorrará modificaciones constitucionales.

6. *Preceptos transitorios*¹¹³

El proyecto de decreto de reformas y adiciones constitucionales contiene tres preceptos transitorios. Me referiré solamente a los dos primeros; el tercero, que tiene que ver con el cese, remoción, baja o sustitución de los miembros de instituciones de seguridad pública y policiales, fue comentado al examinar las reformas al artículo 123.

El primer artículo transitorio dispone que el correspondiente decreto “entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*”. Esta impetuosa disposición recuerda las equivalentes en los decretos de reforma constitucional del 30 de diciembre de 1994, publicado el 31 de diciembre, sobre reforma judicial, y del 2 de julio de 1996, publicado el 3 de julio, motivado por el problema de la delincuencia organizada.

Es evidente que reformas constitucionales de esta trascendencia, que por lo menos requieren legislación reglamentaria y preparación de sus aplicadores, debieran prevenir una *vacatio legis* razonable. Como botón de muestra sobre vigencias intempestivas y consecuentes problemas aplicativos —además de muchos otros— puede citarse el “caso” del artículo 21 constitucional en torno a la impugnación de resoluciones en que el Ministerio Público dispone el no ejercicio de la acción penal o se desiste de ésta. A más de tres años de distancia (enero de 1995-marzo de 1998) de que se inició la vigencia de aquella reforma, no se dispone de normas reglamentarias federales; tampoco se cuenta con reglamentación en muchos estados de la República. Así las cosas, la Suprema Corte de Justicia ha debido resolver —lo cual ocurrió a casi tres años del inicio de vigencia de la nueva norma constitucional— que es procedente el amparo en contra de tales decisiones del Ministerio Público, en espera de que exista una reglamentación idónea que fije la vía procesal específica, con todos los requerimientos pertinentes: juzgador competente, legitimación para ac-

113 Por el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 8 de marzo de 1999 solamente se contempló un artículo transitorio: “El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*.”

tuar, procedimiento a seguir, efectos de la resolución judicial, posible impugnación de ésta, etcétera.

El artículo transitorio segundo del decreto recoge una determinación acostumbrada en asuntos procesales, que permite la continuación del procedimiento bajo las nuevas normas. Empero, como antes mencioné, en este caso dicha previsión tiene consecuencias que van más allá de las que suele haber en reformas procesales ordinarias, en tanto señala que los procedimientos en suspenso a la fecha de entrada en vigor del decreto “continuarán su curso en los términos que este mismo establece”; es decir, se reabrirá el proceso penal en ausencia del inculpado, cuando la “evasión” o sustracción a la acción de la justicia hubiese sido el motivo para suspender el procedimiento.

VI. COLOFÓN

En conclusión— y dejando en el tintero, por lo pronto— otras muchas consideraciones que sugiere el proyecto de reforma, resulta evidente, a mi juicio, que éste avanza en el camino que propició, abrió y recorrió la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada; y también son evidentes las características y el horizonte de ese camino. Por eso hablo de una reforma constitucional inquietante.

Aunque parece seguro que se aprobará la reforma, quizá con algunos cambios de menor importancia, aún es tiempo de advertir sobre los riesgos que apareja. En los últimos años hemos puesto en movimiento un juicio penal con garantías cada vez más reducidas. Nuestro rumbo era otro; ahora es éste. Como antes dije, no ignoro las necesidades ni cuestiono los objetivos. Sólo observo los medios. Sigo creyendo que en el Estado de derecho el fin no justifica los medios. El legislador tiene la palabra. Ojalá acierte. De ello depende, en buena medida, el futuro de las garantías constitucionales en México.