

# Comentario legislativo

## Ante el umbral de la esperanza. Reflexiones en torno a la reforma penal 2007/08

**Gerardo Armando Urosa Ramírez\***

Primero se llevaron a los comunistas pero a mí no me importó porque yo no era... En seguida se llevaron a unos obreros pero a mí no me importó, porque tampoco era... Después detuvieron a los sindicalistas, pero a mí no me importó, porque yo no soy sindicalista... Luego apresaron a unos curas, pero como yo no soy religioso, tampoco me importó... Ahora me llevan a mí, pero ya es demasiado tarde.

BERTOLD BRECHT

SUMARIO: I. Panorama legislativo. II. Triste realidad forense. III. Antecedentes legislativos de la reforma. IV. La reforma penal en teoría. V. Reflexiones en torno a la reforma.

### I. Panorama legislativo

La sanción penal intenta inhibir la conducta delictiva, y en nuestro país, contrariamente a la percepción de la comunidad, la ley criminal mexicana —en el papel— es muy severa en comparación con legislaciones de otras latitudes. Lamentablemente, el obtuso criterio que pretende frenar la delincuencia exclusivamente con el endurecimiento de las normas penales se ha impuesto, sobre otro tipo de acciones o de política criminal que pudiera coadyuvar efectivamente a la disminución de la creciente criminalidad que nos agobia.

---

\* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Lo anteriormente referido ha propiciado el desbordamiento del castigo en la ley, a tal grado, que en múltiples ocasiones lo que se pensó como un caso de excepción se convirtió con el paso del tiempo en norma general, verbigracia: el espíritu que inspiró la reforma constitucional de 1993 con la finalidad de que los procesados penalmente obtuvieran con facilidad la libertad bajo caución, y solamente por delitos de gran envergadura, denominados constitucionalmente como *graves* fuera negado el beneficio, se perdió completamente, ya que en la actualidad resulta problemático encontrar un ilícito “no grave” en la ley; en el delito de robo, el número de agravantes es tan extenso como la imaginación lo permite, al punto de nulificar el beneficio de la mencionada libertad bajo caución en la enorme mayoría de los casos, etcétera. Por otro lado, cada vez es mayor la tipificación de delitos graves, bajo una tendenciosa redacción “abierta” que abarca acciones inocuas para la sociedad, violando el principio de intervención mínima del derecho penal o cuyo bien jurídicamente tutelado es difícil de establecer.

Algunas figuras procesales, como “el cuerpo del delito”, han perdido su sentido garantista, otras como el “arraigo” o “flagrancia equiparada” —de dudosa constitucionalidad— se han “legalizado” o los criterios jurisprudenciales se han encargado de ello.

Mención especial amerita la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, sancionando conductas preparatorias o en un estadio previo a la comisión del ilícito (acorde con el artículo 2), castigando de manera irracional infracciones cometidas bajo el crimen organizado (conforme a la fracción V del artículo 2 de la ley, en relación con el segundo párrafo del tercer artículo de la misma normatividad), admitiendo la reducción de garantías procesales y aparición de figuras ajenas al derecho adjetivo tradicional mexicano, como los testigos protegidos (según el artículo 34), el régimen de recompensas (según el artículo 37) o beneficios a favor del soplón (acorde con el artículo 14 y 35), la eliminación de los beneficios de libertad preparatoria o condena condicional (según el artículo 43), etcétera.

Lo preocupante de esta clase de normas que originariamente fueron concebidas como “de excepción” es que de forma paulatina se infiltran en leyes dirigidas a la delincuencia común, y abarcan cada día más conductas no contempladas inicialmente, tal y como ha sucedido con la legislación precitada (véase Decreto que reforma la fracción V del segundo artículo a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada del 27 de marzo del año 2007).

No obstante lo anteriormente reseñado, la criminalidad no ha dejado de avanzar a pasos agigantados, lo que reafirma que ésta no es un problema que se deba concentrar en su punición, sino en su efectiva aplicación, a efecto de evitar la impunidad. Metafóricamente hablando: a nadie espanta la majestuosidad de un león pintado en el lienzo, sino su vitalidad en el mundo de los hechos.

## II. Triste realidad forense

Como si se tratara del paciente asesino que dosifica el veneno hasta lograr el resultado letal deseado, sin que exista un punto de referencia en el tiempo; el sistema de enjuiciamiento criminal en nuestro país se volvió de forma gradual anquilosado, corrupto, disfuncional. Así lo confirman escalofriantes estadísticas:

85 % de las víctimas no acuden a denunciar los delitos; 99 % de los delincuentes no terminan condenados; 92 % de las audiencias en los procesos penales se desarrollan sin la presencia del juez; 80 % de los mexicanos cree que puede sobornar a los jueces; 60 % de las órdenes de aprehensión no se cumplen; 40 % de los presos no han recibido una sentencia condenatoria. El 80 % de los detenidos nunca habló con el juez que lo condenó (Miguel Carbonell y Enrique Ochoa Reza, “¿Necesitamos reformas nuestro sistema de justicia penal? Algunos indicadores empíricos y teóricos”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, t. LVII, núm. 248, julio-diciembre de 2007, p. 189).

En el foro la desconfianza en las instituciones encargadas de investigar y perseguir los ilícitos, así como las componendas para inclinar la vara de la justicia a favor de intereses mezquinos, son una triste realidad, pues, salvo honrosas excepciones, la corrupción se disemina desde el ámbito del Ministerio Público, a todos los niveles. Precisamente es en la averiguación previa en donde se propicia el punto más álgido de la corrupción, quizás por la gran cantidad de facultades constitucionales otorgadas al Ministerio Público —ya que conforme al artículo 21 constitucional éste mantiene el monopolio de la acción penal—, quizás por los requisitos que se deben de colmar para el ejercicio de la acción penal. Sin embargo, una vez sorteado ese escollo —en la mayoría de los casos— la suerte del procesado está echada, y la autoridad jurisdiccional cumple con el conocido adagio forense: “un vaso con agua y un auto de formal prisión, a nadie se le niega”.

En la práctica, las subsecuentes diligencias realizadas durante la instrucción del proceso se difieren y prolongan de forma exagerada y rara vez son presididas por el juez, recayendo dicha función en el secretario de acuerdos del Juzgado. El juez dicta su resolución “en privado” otorgando una significativa valoración a las pruebas reunidas durante la averiguación previa, aunque la apreciación jurisdiccional de las mismas es más especializada.

### **III. Antecedentes legislativos de la reforma**

Ante tan desolador panorama, diversas acciones legislativas pugnaron por una reforma penal, sobresaliendo la iniciativa de reforma constitucional del 29 de marzo de 2004 del Ejecutivo Federal a cargo de Vicente Fox Quesada, que expuso la transformación del sistema penal inquisitivo o mixto a uno acusatorio. Igualmente, la iniciativa de legisladores del Partido Revolucionario Institucional de diciembre del año 2006, postulada por la “red nacional a favor de juicios orales”, pugnó por el sistema antedicho, retomada en parte por el Ejecutivo Federal mediante el proyecto de reforma constitucional de 9 de marzo de 2007.

El 10 de diciembre del año 2007 se produjo el dictamen de comisiones de la Cámara de Diputados que intentó recoger una serie de reformas coincidentes, así como el clamor social que reclamaba cambios sustanciales en el sistema penal nacional, tal y como lo expone el legislador en la exposición de motivos respectiva, aprobada el día 12 de diciembre.

El 13 de diciembre de 2007 se turno el dictamen al Senado de la República y ese mismo día fue presentada ante el pleno de la Cámara de Senadores, que concluyó con la aprobación del proyecto, con algunas enmiendas, entre las que destacan la eliminación del acceso del Ministerio Público a cierta información de diverso carácter, sin previo mandamiento judicial, tratándose de delincuencia organizada, y la supresión del allanamiento de morada policiaco sin orden judicial. El texto rectificado por el Senado fue remitido a la Cámara de Diputados y mediante un nuevo dictamen del día 19 de febrero de 2008 concedió las modificaciones establecidas por el Senado de la República y, finalmente, de nuevo en el Senado se elaboró un dictamen de fecha 28 de febrero aprobando la reforma y turnando la misma a las entidades federativas para su trámite y aprobación constitucional.

Por último, es oportuno recordar que de conformidad con el primer artículo transitorio del dictamen anteriormente referido, el “Decreto entrará en

vigor al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*”, con excepción de lo dispuesto en el siguiente numeral que señala en lo conducente que: “El sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20, y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, *sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto*”; especificando en el subsecuente transitorio, que las actuaciones procesales serán plenamente válidas en las entidades federativas que hayan incorporado el sistema procesal penal acusatorio en sus ordenamientos legales, con independencia de la fecha en que éstos entraron en vigor.

#### **IV. La reforma penal en teoría**

Las características del actual sistema de justicia que existe en México corresponden a un modelo mixto o inquisitivo, debido a que no existe una clara discriminación entre los actores del enjuiciamiento penal y sus funciones (jueces, agentes del ministerio público, policía); se parte de la presunción de culpabilidad del acusado y toda la información que se utiliza para resolver el caso se transcribe o presenta en forma escrita, lo que propicia la lentitud en los procesos penales. El peso específico de las diligencias realizadas en la averiguación previa es preponderante para el juez al momento de valorar las pruebas y dictar sentencia, misma que no es expuesta públicamente.

Por su parte, el sistema acusatorio tiene como característica fundamental la presunción de inocencia y la oralidad en el proceso penal, de tal suerte que las diligencias de desahogo de pruebas son expuestas de forma pública y directa, en presencia del órgano jurisdiccional al momento de enjuiciarlo en una sola audiencia —aunque excepcionalmente pueden ser varias— y sin previa contaminación del juez o tribunal, derivada del conocimiento del caso con anterioridad.

Para llevar a cabo los cambios sugeridos por el renovado sistema —ahora ya reconocido constitucionalmente— habrá de modificar el rol y función de quienes intervienen en el juicio, y crearse nuevos jueces como:

- Jueces de control.
- Jueces de sentencia.
- Jueces de ejecución de sanciones.

Estimamos que en teoría el procedimiento acusatorio sugerido por la reforma, se compone de las siguientes fases:

Empezará con la noticia criminal ante el Ministerio Público (en términos del segundo párrafo del artículo 16 constitucional), quien deberá de realizar las diligencias de investigación del posible ilícito tendientes a obtener datos que establezcan la comisión del hecho delictivo y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión; o bien archivar la averiguación previa de forma temporal o definitiva, según corresponda.

Es importante destacar que el nuevo estándar probatorio establecido en la reforma para ejercitar acción penal, será menor en comparación con el anterior sistema, pues se pretende que el desahogo de las pruebas sea de forma pública e inmediata en presencia del juez de sentencia y no ante el agente del ministerio público, a efecto de que el procesado y su defensa puedan directamente ante el órgano jurisdiccional refutar los cargos.

Presentada la denuncia o querrela intervendrá el llamado juez de control, también denominado en otros países “de garantías”, a quien se le responsabilizará de la resolución rápida de las solicitudes ministeriales de cauteos, arraigos, intervenciones de comunicaciones privadas, órdenes de aprehensión, así como resolver las impugnaciones contra las determinaciones del Ministerio Público, y realizar audiencias preliminares al juicio conforme a los principios del sistema acusatorio. Una vez que se ha cerrado la investigación, y se ha formulado una acusación, el juez de control deberá dictar el *auto de vinculación*, que se equipara o debe de equipararse al de formal prisión o de sujeción a proceso del enjuiciamiento anterior a la reforma. Al juez de garantías le corresponde velar por los derechos de los indiciados y víctimas u ofendidos, y supervisar, en su caso, la mediación como medida alternativa de solución, previa reparación del daño, lo que comprende las composiciones entre la víctima y victimario, según reforma prevista al numeral 17 constitucional (véase Dictamen de Comisiones de la Cámara de Diputados de 10 de diciembre de 2007).

Una vez dictado el *auto de vinculación a proceso* se celebrará ante el juez de garantías o control una audiencia previa al juicio oral en el que estarán presentes las partes, con el objetivo de proponer las pruebas que deberán de mostrarse durante el juicio propiamente dicho, ante el juez de sentencia y excluir aquellas ociosas o que no puedan ser desahogadas durante la audiencia respectiva. En síntesis, el papel del juez de garantías en esta etapa se traduce en establecer las imputaciones que deberán ser objeto del juicio y las correcciones formales, rechazando las acusaciones que no cumplan con las exigencias legales. Por último, el juez de control o

garantías dictará un auto de apertura especificando el contenido del juicio oral, al que quedará sujeta la resolución definitiva, sin que pueda sobrepasar la imputación contenida en aquél.

Ahora bien, el inculcado puede optar por el procedimiento abreviado, reconociendo su participación en el hecho y renunciando a su derecho de comparecer a tener un juicio oral, por lo que será juzgado con las pruebas que hasta ese momento se hayan reunido en su contra, con la amplia posibilidad de que su pena sea menor, en comparación con la sanción que hubiera podido imponérsele en caso de haberse sometido al juicio oral ante el juez de sentencia. En este caso la sentencia es dictada por el juez de control.

De someterse al juicio oral por no haber prosperado el procedimiento abreviado anteriormente referido o por que las alternativas de solución no hayan sido viables, se sujetará al procesado al juicio oral en audiencia pública en presencia del juez de sentencia, quien deberá de estar presente durante todo el desahogo de las pruebas y dictar sentencia, debidamente motivada y en forma pública. De conformidad con la experiencia en otros países latinos que han adoptado el sistema acusatorio, se espera que sean muy pocos los casos que lleguen a esta instancia, por haber optado las partes por el procedimiento abreviado antedicho o alguna solución alternativa a través de la amigable composición.

Si la sentencia fuese recurrida se deberán de remitir las constancias y videgrabaciones del caso, para que el juzgador se pronuncie en relación a la correcta interpretación de la ley; no así sobre su valoración, pues el juzgador de segunda instancia, al no estar presente durante el desahogo de las pruebas, está impedido para apreciar las mismas.

Finalmente, todo lo relacionado con el cumplimiento de la condena y beneficios a favor del reo correrá a cargo del juez de ejecución de sanciones.

En teoría la reforma es atractiva, mantiene un sano equilibrio entre las partes y puede calificarse como garantista, propia de un Estado de Derecho de corte democrático... en teoría.

## **V. Reflexiones en torno a la reforma**

Da la impresión de que se pretende convencer a la comunidad sobre la generosidad de la reforma constitucional, mostrando únicamente la punta del iceberg que oculta bajo el agua el enorme bloque de hielo que corresponde a una política criminal autoritaria, policiaca, de excepción; y que,

indiscutiblemente, se agudizan tratándose de las normas que regulan la delincuencia organizada —ahora institucionalizada a nivel Constitucional— dando paso cabalmente a lo que en la dogmática denomina Jakobs, *derecho penal del enemigo* (véase Günter Jakobs, Miguel Polaino Navarrete y Miguel Polaino-Orts, *El derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2008).

Lo cierto es que determinar si estamos ante un tramposo espejismo autoritario o una reforma garantista, dependerá en gran medida de la legislación secundaria o códigos de procedimientos penales que se promulguen durante la prolongada *vacatio legis* de la Constitución reformada; del cuestionamiento académico y forense; de los criterios jurisprudenciales que se vayan forjando conforme se desenvuelva la reforma y desde luego, del apego a la dogmática jurídico-penal, que parece menospreciada, a pesar de su extraordinaria importancia, tal y como lo exalta un distinguido jurista español:

Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o la impunidad de una conducta, no será la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un derecho penal del que —por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico se desconoce su alcance y límite (Enrique Gimbernat Ordeig, *¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?*, Temis, Monografías jurídicas, núm. 29, 1983, p. 27).

Indudablemente vivimos momentos delicados, pues atendiendo a la exposición de motivos de la reforma —único medio confiable hasta ahora para inferir la postura del constituyente permanente—, saltan a la vista una serie de interrogantes y justificadas preocupaciones, empero, a pesar de ello, tenemos la esperanza de que la reforma resulte finalmente positiva, garantista y no un vulgar maquillaje cuyo trasfondo sea la imposición de un Estado policiaco.

En fin, *los dados están echados* y no hay marcha atrás, ni tiempo para lamentaciones; la suerte de la reforma ahora depende en gran medida de todos los actores del drama penal, y puede tomar diferentes rumbos. Ojala y se encamine por un sendero garantista que sirva como un eficiente equilibrio entre el interés público de sancionar al responsable de un ilícito y el respeto a las garantías procesales de éste, que es el punto crítico en torno al cual se agita toda la reforma penal.