

Revista de Administración Pública

INAP

El cambio generacional ante el sistema penal acusatorio con referencia a la legalidad, el debido proceso y la impunidad

Raúl Carrancá y Rivas*

Las reformas llamadas estructurales derivan de la reforma constitucional de 2008 en materia de justicia penal y seguridad pública, y le abrieron camino al nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales. Por lo tanto, no es posible hablar del llamado nuevo sistema de justicia penal sin ir a esos antecedentes. Todo junto forma una especie de “paquete” con material de la misma clase o especie. Ahora bien, lo que pasa es que una sola fisura, y son muchas en el caso, generada por graves errores de forma y fondo, afecta al “paquete entero”. Es decir, una o dos contradicciones e inconsistencias en la reforma de 2008, y repito que son más, bastarían para que la misma fuera, como lo es, inconstitucional en su totalidad. Y es un sofisma o un paralogismo sostener como lo han hecho los reformadores, o mejor dicho deformadores, junto con los gratuitos defensores de aquella, que por encontrarse ya en el cuerpo de la Carta Magna se vuelve inmediatamente constitucional. Es lo mismo que si se reformara el párrafo segundo del artículo 14 de la Constitución diciéndose arbitrariamente y sujeto a la libre voluntad o capricho del legislador, sin respeto a la razón de la ley (*ratio legis*), que “cualquiera podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sin juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos...”

* Doctor en Derecho *Magna Cum Laude* de la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro de Número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales. Profesor titular de carrera de tiempo completo, con la máxima categoría, por concurso de méritos y oposición, a nivel de Licenciatura y Posgrado en las áreas de Derecho Penal y Constitucional en la Facultad de Derecho de la UNAM. Ha recibido numerosos homenajes, premios y medallas otorgados por la UNAM y otras universidades nacionales e instituciones públicas como reconocimiento a su alto desempeño académico, a su invaluable responsabilidad profesional y valiosa aportación a la ciencia jurídica. Conferencista en universidades nacionales y extranjeras. Ha publicado varios libros en la materia.

etcétera. Asunto éste delicadísimo que pone de relieve que no todo lo contenido en la Constitución es necesariamente constitucional en el más depurado sentido de la palabra. ¿Al efecto me pregunto si es constitucional el párrafo segundo del artículo 61 de la propia Ley Suprema que dice a la letra que “El Presidente de cada Cámara velará por el respeto al “fuero” constitucional de los miembros de la misma...” etcétera, siendo que el artículo 13, inserto en el Capítulo I denominado “De los Derechos Humanos y sus Garantías”, Capítulo que es columna vertebral de la Carta Magna, reza textualmente que “Ninguna persona o corporación puede tener fuero...” etcétera? Disposición terminante y categórica. Por lo tanto abordaré el tema de mi ensayo desde tal perspectiva, procedimiento lógico que me llevará hasta la reforma a los artículos 27 sobre petróleo e hidrocarburos y 32 sobre la consulta popular, y a sostener igualmente que la “reformitis” del caso, utilizada como instrumento político, ha desestabilizado moral y democráticamente al país al grado de propiciar zonas de desastre como por ejemplo Guerrero y Ayotzinapa; lo cual implica sin duda un quebrantamiento del tan llevado y traído Estado de Derecho acosado por la violencia e inseguridad.

En consecuencia no es posible, a mi juicio, abordar el tema de que me ocuparé sin una previa reflexión sobre la Reforma Constitucional de 2008 en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública; reforma que provocó más que un cambio una alteración en la Ley Suprema, en el sentido de perturbación o trastorno, incluso daño y descomposición, que no verdadera transformación en su esencia, aunque sí en su forma, deformándola y tergiversándola. Sostengo que la esencia, no importa que descompuesta, sigue allí en tanto se halle vigente la Constitución de 1917 a pesar del maltrato reformador a que ha sido sujeta. Lo digo así porque la tan pregonada oralidad ya la teníamos en el Código Federal de Procedimientos Penales de 1934, no organizada al nivel de juicios orales, pero sí con participación oral de las partes y del propio juez: declaración preparatoria, interrogatorio a testigos, careo, presentación de conclusiones y hasta de pruebas. Añado que con la novedad de los juicios orales no se ha alterado la substancia del proceso, sus características fundamentales, pero sí la historicidad en el sentido de constancia escrita de lo dicho, de lo actuado. Para mayor información véase mi libro *Reforma Constitucional de 2008 en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública, variaciones críticas* (2010, Porrúa). Los autores de tal reforma sostuvieron y siguen sosteniendo que la misma implicó pasar del sistema penal inquisitivo al acusatorio, lo cual es falso. El sistema inquisitivo se caracteriza por la concentración en manos de un mismo y solo órgano de las tres funciones de acusar, defender y juzgar; siendo evidente que en los

deformados artículos 16 y 19 (reforma de 2008) se le permite en gran medida al Ministerio Público acusar y juzgar, o anticipar el juicio, como por ejemplo en el arraigo, en la intervención de las comunicaciones privadas y en la prisión preventiva que erróneamente se identifica con una medida cautelar. A su vez el sistema acusatorio consagra la facultad de acusar de todo ciudadano, de denunciar, aunque alguien distinto del juez y del propio ciudadano formule en términos de ley la acusación. Y algo más, que se deriva de las grandes conquistas de la Revolución Francesa y en concreto de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, “naturales e imprescriptibles”, a saber, el principio de la libertad personal del acusado hasta que se dicte una sentencia definitiva de culpabilidad (*res iudicata*). Yo me pregunto, pues, cuál y cómo ha sido el paso del sistema penal inquisitivo al acusatorio.

Al respecto señalaré, primero, algunos artículos que me parecen medulares en mi crítica. Se trata del artículo 14 de la Constitución en su párrafo segundo (que no se tocó en la reforma de 2008) acerca del juicio seguido ante los tribunales, y cuyo espíritu va en contra del arraigo –que se impone sin juicio– y también de la prisión preventiva –que igualmente se impone sin juicio–, siendo además que ambas figuras niegan de suyo la presunción de inocencia; del artículo 16 de la Constitución en su párrafo octavo (producto de la reforma de 2008), que prescribe el arraigo pero “con dedicatoria” a los delitos de delincuencia organizada (en vez de eliminarlo lo dedicó); del artículo 18 de la Constitución en su párrafo primero (que no fue tocado por la reforma de 2008), y que deja la prisión preventiva; del artículo 19 de la Constitución en su párrafo segundo (también producto de la reforma de 2008), que califica equivocadamente la prisión preventiva como medida cautelar; pero eso sí, en medio de tal torbellino se halla el artículo 20 de la Constitución en su apartado B fracción I (producto de la reforma de 2008) sobre la presunción de inocencia de toda persona imputada (¿cuál presunción de inocencia que se opone abiertamente a lo que vengo diciendo?); se trata, repito, del artículo 21 de la Constitución en su párrafo segundo (derivado de la reforma de 2008) y que permite que los particulares, en los casos que determine la propia ley, puedan ejercer la acción penal ante la autoridad judicial, lo que es una clara atribución inquisitiva y que nada tiene que ver con lo acusatorio; se trata del artículo 22 de la Constitución (derivado igualmente de la reforma de 2008), especialmente en su párrafo segundo fracciones I a III, que se refiere a la extinción de dominio. En tales condiciones, ¿cuál sistema acusatorio? Lo aberrante de la extinción de dominio es que en la reforma (?) constitucional se dice que es un procedimiento que “Será jurisdiccional y autónomo del de materia penal” (artículo 22

fracción I) y que “Procederá en los casos de delincuencia organizada (que es materia penal), delitos contra la salud (que es materia penal), secuestro (que es materia penal), robo de vehículos (que es materia penal) y trata de personas” (que es materia penal) (artículo 22 fracción II). Y para colmo, lo que vulnera principios fundamentales del Derecho, en la fracción transcrita se lee que el procedimiento aludido procederá respecto de los siguientes bienes: “Aquellos que sean instrumento, objeto o producto del delito, aún cuando no se halla dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió” (artículo 22 fracción II inciso a). Así que sin sentencia, que debe ser definitiva, procederá la extinción de dominio sacrificando la normatividad contenida en el párrafo segundo del artículo 14 constitucional. Por otra parte, ya no se refiere el legislador a cuerpo del delito sino a “hecho ilícito” en consonancia con la supresión que hizo, en el artículo 19 de la Constitución, de los conceptos de “cuerpo del delito” y “probable responsabilidad del indiciado” para poner en su lugar “hecho ilícito” y “elementos suficientes que determinen que el hecho ilícito sucedió”. Añado que la idea de “cuerpo del delito” es radicalmente distinta a la de “hecho ilícito”. En efecto, cuerpo del delito implica de suyo materialidad, realidad primera, forma, corporeidad, cuerpo, consistencia, grandor o tamaño. Lo subjetivo no cabe aquí. O sea, que, por ejemplo, en la comprobación del cuerpo del delito el Ministerio Público o fiscal sólo debe atenerse a lo que perciba por sus sentidos, ya que las consideraciones de índole subjetiva son propias y específicas del juez. Pero si hablamos de “hecho ilícito” el Ministerio Público o fiscal puede adentrarse en lo subjetivo irrumpiendo en un espacio propio del juez. Grave irrupción que se acrecienta con lo de “elementos suficientes que determinen que el hecho ilícito sucedió”, en rigor por sospecha. Creo que en el presente orden de ideas no se ha reparado lo suficiente en que la extinción de dominio es una especie de confiscación. Me explico. Confiscar es la apropiación por el Estado de la totalidad del patrimonio de un sujeto; es en suma el decomiso, la privación definitiva de los instrumentos y del producto del delito. De manera que cuando se extingue el dominio sobre un bien o bienes se estará confiscando, lo que está prohibido en el párrafo primero del artículo 22 constitucional que prohíbe la “confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales”, equiparando la confiscación a éstas. Lo anterior rompe de manera radical el que llamo “discurso constitucional”.

Para seguir con el curso de mi disertación me debo referir al que llamo “discurso constitucional”. ¿En qué consiste? El que llamo así se sustenta sobre una norma constitucional genérica, uniforme; que es por lo tanto una secuencia cuantitativa y cualitativa, una continuidad o

sucesión ordenada. Lo cuantitativo corresponde a los artículos y a su lógica sucesión y lo cualitativo a las ideas que van ligadas a los artículos. La Constitución es normativa en un solo sentido, aunque con variantes o especies derivadas de tal norma siendo, sin embargo, que hay casos en que se altera grave y contradictoriamente esa normatividad. Ejemplos: el artículo 13 en su párrafo primero contradicho por el 61 en su párrafo segundo que se refiere al fuero que prohíbe aquél, el artículo 22 (extinción de dominio) que contradice al 14 en su párrafo segundo en lo referente al juicio y el 20 en su apartado B fracción I, que contradice al anterior. En tal virtud la reforma de 2008, que abre la puerta a todo lo demás que he venido comentando, y por tener faltas y errores tan graves, se viene abajo por su propio peso. Es como si a una casa o edificio se les quitara un muro o una pared esenciales para su sostén y apoyo: se derrumbaría toda la construcción. Añado que el que llamo discurso constitucional tiene su origen en el Capítulo I de la Carta Magna denominado De los Derechos Humanos y sus Garantías, y que es la columna vertebral que sostiene la secuencia de todos los artículos. Por lo tanto, si chocan o se contradicen dos artículos de ese Capítulo debe prevalecer por razones cualitativas y cuantitativas el que antecede al otro, es decir, que planteada una proposición constitucional es o sería absurdo que una posterior la negara o contradijera. Si chocan o se contradicen dos artículos de los posteriores al Capítulo I debe prevalecer por las mismas razones el que antecede al otro. En este sentido y a mi juicio no caben las excepciones, ya que una norma de categoría constitucional no puede exceptuar a otra anterior; aparte de que la excepción confirma la regla. La conclusión al respecto es que el discurso constitucional lleva un ritmo cuantitativo y cualitativo que le da consistencia y forma a la Ley Suprema. A esto lo llamo unidad constitucional.

Visto ello paso ahora, pues me parece muy importante, al artículo 27 de la Constitución, relativo a la reforma energética. El 20 de diciembre de 2013 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma al párrafo séptimo del artículo 27 constitucional, lo que ya se venía preparando desde la reforma de 2008, misma que permite las actividades de exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos “mediante asignaciones a empresas productivas del Estado o a través de contratos con éstas o con particulares...” etcétera. Y se añade: “Para cumplir con el objeto de dichas asignaciones o contratos las empresas productivas del Estado podrán contratar con particulares”. Aquí se violó la que llamo norma esencial constitucional. Es como si se dijera: “Cualquiera podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades.... sin juicio seguido ante los tribunales”. ¿Por qué? Porque al comienzo del párrafo séptimo se dice que “Tratándose del petróleo y de los hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, en el

subsuelo, la propiedad de la Nación es inalienable e imprescriptible y no se otorgarán concesiones". Inalienable quiere decir que no se puede enajenar, o sea, que no se pueden vender o ceder la propiedad de algo u otros derechos. En tal virtud una asignación o un contrato enajenan, limitan el ejercicio de la propiedad y permiten obviamente la prescripción. Pero la norma constitucional de la especie tiene una raíz histórica muy importante desde la época del presidente Cárdenas, quien jamás favoreció en el caso los contratos por tratarse de un patrimonio de la Nación. Así las cosas la redacción del artículo 27 se contradice a sí misma, incurriendo en una *contradictio in terminis* que va en contra del discurso constitucional.

Ahora bien, el llamado proceso penal acusatorio deriva por supuesto de la reforma de 2008 al artículo 20 constitucional, Apartado A, donde, a mi juicio, llama la atención el gazapo de la fracción VIII, a saber: "El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado". Lo que pasa es que a juicio del juez que condena hay siempre convicción de la culpabilidad del procesado. ¿Cómo se le puede probar que no tiene esa "convicción"? Es absurdo. Lo cierto es que la reforma de 2008 junto con el pretendido proceso penal acusatorio y oral fue un paso previo para dar entrada a todas las demás reformas que han cimbrado las bases de la constitucionalidad y del Estado de Derecho en México: la energética, la de telecomunicaciones, la política, la laboral, la hacendaria, la financiera, la educativa. Un manifiesto ejemplo de incongruencia, a mi entender, es el de la consulta popular contenida en el artículo 35 fracción VIII de la Constitución, reformado en 2012, pero con el impedimento de que no podrán ser objeto de ella "los ingresos y gastos del Estado". La verdad, como se sabe, es que se manipuló lo relacionado con la reforma energética, especialmente en el área del petróleo e hidrocarburos, es decir, "se limpió el terreno", de hecho desde 2008, para que ésta entrara y después, en 2013, se reformó el artículo 27. Sin embargo lo notable es que la consulta popular "se realizará el mismo día de la jornada electoral federal", conforme al texto. Es decir, primero se reforma la Constitución en materia tan delicada como la energética y de hidrocarburos y, después..., a posteriori, se consulta al gobernado, al pueblo, hasta 2015 (que ya pasó), para que opine. ¡A mayor abundamiento, con las limitantes señaladas sobre los ingresos y gastos del Estado! Y ya sabemos qué decidió la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a saber, que no hay inconstitucionalidad en el caso; lo que me lleva a señalar un punto que no es materia de este ensayo, pero que sí es de enorme relevancia: la creación de un tribunal constitucional que respetando la primacía de la Suprema Corte en el amparo conociera, y resolviera, asuntos de gran enjundia precisamente constitucional.

No puedo terminar mi ensayo sin hacer siquiera una breve reflexión acerca de la creación de la ley. Lo digo porque el cúmulo de críticas a una ley, por supuesto mala o deficiente como la que hoy he criticado, alcanza los orígenes mismos de su creación. Es decir, ¿cómo se crea? El legislador, el hacedor de la ley, debe buscar primero “el espíritu legal”, el valor intrínseco de la ley que antecede a la obra de creación legal, pues abundan los casos en que sus creadores no conocen el Derecho y se quedan en la mera superficie de la llamada legalidad, en el conjunto de reglas y disposiciones que determinan nuestros movimientos sociales, nuestra ubicación objetiva, real, en la sociedad. Ese espíritu a que me refiero, esa normatividad valorativa que es un valor independiente, antecede, repito, al legislador que los ha de tomar o recoger de la atmósfera social, y no siempre con éxito o interpretando correctamente el espíritu de ésta. A su vez el verdadero jurista debe también interpretar a fondo, entender, comprender, esa atmósfera social que se halla en la ley; y si ella falta, entonces faltará la que se llama en Derecho juridicidad, es decir, el valor y el espíritu de la ley dependientes de la Justicia. Se me dirá y con razón que lo anterior es materia propia de la Filosofía del Derecho. Mi respuesta es que dar nacimiento a una ley es labor delicadísima, de corte filosófico. En nuestro sistema político y en casi la mayoría de los sistemas políticos del mundo, el legislador es electo mediante sufragio universal secreto y directo, lo que implica que cualquiera, y no sólo los doctos, puede llegar a serlo. Y así debe ser porque lo contrario sería un atentado contra los principios de la democracia, tal como se concibe en occidente desde hace siglos. Habría que renovar toda la estructura política para dar cabida a los “reyes sabios” de Platón. Hoy por hoy utopía imposible de ser realidad. No obstante queda una luz, el esfuerzo permanente del jurista, ya sea legislador, juez o abogado que litiga, por desentrañar con la hermenéutica a mano, con la interpretación de la ley, el espíritu jurídico que debe predominar en la Ciudad del Hombre, en la *polis*, para que haya paz, bienestar y concordia. La legalidad, el debido proceso y la eliminación de la impunidad son retos del Estado moderno. Pero esto tiene un punto de partida en la ley. Ley deficiente es cimiento que tarde o temprano impulsa el derrumbe del Estado de Derecho. La ley debe ser un espejo y un reflejo, sin confundirla con la realidad reflejada y tan a menudo mal reflejada. La vida individual y social se debe reflejar en la ley, pero no siempre es así. Por eso hay que ir primero a la vida y adecuar en lo necesario la ley a ésta, si es que presenta fallas. Y vida es hombre con sus derechos y aspiraciones. Hombre en el más depurado sentido de la palabra, con los pies sólidamente puestos en la tierra y los ojos en una estrella quizá lejana, pero que con su luz orienta hacia donde sale el sol y traza el camino.