

La Constitución y el sistema penal: setenta y cinco años (1940-2015)*

Sergio García Ramírez**

I. ACADEMIA E INSTITUTO: LA CIRCUNSTANCIA

ESTE ARTÍCULO se inscribe en el marco de una doble celebración —ni social ni política—, asociada al desarrollo del sistema penal mexicano, y sirve a un propósito vinculado con aquella circunstancia: el examen de esta materia en las *XVI Jornadas sobre Justicia Penal* (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 3-6 de noviembre de 2015). En este foro participó un amplio grupo de académicos y profesionales del derecho y otras áreas del conocimiento vinculadas con aquél, catedráticos, investigadores, juzgadores, con el propósito de analizar la marcha de las disciplinas penales —ideas y prácticas— en el curso de tres cuartos de siglo. Un periodo fundamental en la evolución de la sociedad y el Estado en México, y del aparato normativo establecido para alentarla y acompañarla.

La selección del *dies a quo* (1940) y el *dies ad quem* (2015) —si se me permite la expresión— de nuestras reflexiones obedece a las fechas en que se encierra, por ahora, la vida fecunda de dos organismos que han sumado sus fuerzas para concurrir a la celebración y al examen de los temas recogidos en las *XVI Jornadas*. El primer *dies* corresponde al año de fundación de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y del

* Una versión más amplia de este trabajo, revisado y anotado, se publicó por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), en el conjunto de ediciones conmemorativas del cuadragésimo aniversario de la fundación de dicho Instituto, establecido en 1976.

** Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Investigador nacional emérito del Sistema Nacional de Investigadores. Fue juez y presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Expresidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

Instituto de Derecho Comparado de la UNAM, que tiempo después se convertiría en Instituto de Investigaciones Jurídicas.

La Academia Mexicana de Ciencias Penales fue establecida por un selecto grupo de cultivadores de esas disciplinas, en el que figuraban los autores y tratadistas de la reforma penal mexicana de 1931, que produjo esencialmente dos ordenamientos: el perdurable Código Penal de ese año —rector de la legislación sustantiva en todas las entidades federativas, por imitación o acercamiento—, que sustituyó al efímero de 1929, a su vez sucesor del de 1871; y el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, de 1931, seguido por el Federal de la misma especialidad, de 1934. Previamente, algunos de los fundadores de la Academia habían iniciado otra empresa de cultura penal que subsiste hasta hoy: la revista *Criminalia*.

Los fundadores de la Academia, integrantes de una primera generación de miembros de esta corporación, fueron los juristas Francisco González de la Vega, José Angel Ceniceros, Alfonso Teja Zabre, Raúl Carrancá y Trujillo, Luis Garrido, Emilio Pardo Aspe, Carlos Franco Sodi, José Ortiz Tirado, Francisco Argüelles y Javier Piña y Palacios, y los médicos José Gómez Robleda y José Torres Torija. Llegaron más tarde nuevas generaciones de académicos, que fortalecieron sus respectivas disciplinas y ejercieron un respetado magisterio sobre los estudiosos de temas penales. Mencionaré a dos, representativos: Alfonso Quiroz Cuarón y Celestino Porte Petit.

Sobre las tareas de aquel tiempo y el intenso desenvolvimiento de la Academia en varias décadas, me remito al extenso artículo que publiqué en la revista *Criminogénesis* y a mi aportación al coloquio sobre los juristas y la formación del Estado de derecho en México, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas. No omitiré mencionar que he tenido el privilegio de presidir la Academia en dos etapas, muy separadas entre sí: una, entre 1975 y 1977; otra, a partir de 2008, que concluye en 2015.

Por su parte, el Instituto de Investigaciones Jurídicas, nacido en el mismo 1940, bajo el nombre y con la intención de Instituto de Derecho Comparado, quedó establecido originalmente dentro de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, luego Facultad de Derecho de la UNAM. Ahí se mantuvo hasta el momento de adquirir autonomía dentro del conjunto de institutos universitarios, rango que conserva hasta ahora y con el que ha adquirido, mercedamente, gran prestigio nacional e internacional.

Este Instituto fue obra de juristas españoles —migrados republicanos, o mejor todavía, “transterrados”, para emplear la expresión que acuñó José Gaos— y juristas mexicanos, en una vigorosa sociedad de esfuerzos, que ha sido fecunda. Al frente del naciente Instituto estuvo el notable civilista español Felipe Sánchez Román, con quien colaboraron otros maestros de la misma procedencia, como Javier Elola; con ellos actuaron varios connacionales nuestros, eminentes catedráticos universitarios, como Antonio Martínez Báez, Raúl Carrancá y Trujillo y César Sepúlveda.

En la relación de investigadores y directores del Instituto figuran personajes de primera línea, que alentaron con vigor y talento el desarrollo de este organismo. Mencionaré a uno de los antiguos investigadores, representativo del gran trabajo académico realizado en el curso de muchos años: Niceto Alcalá-Zamora y Castillo —de origen y nacionalidad españoles, a quien suelo identificar como hispano-mexicano—, y a uno de los eminentes directores, unánimemente reconocido: Héctor Fix-Zamudio.

Para el análisis detallado de la historia del Instituto, me remito también a las numerosas publicaciones que han aparecido en diversas ocasiones, entre ellas la que conmemora el septuagésimo quinto aniversario de la fundación. En aquéllas he tenido el privilegio de colaborar con textos que dan cuenta de mi visión sobre el Instituto del que soy investigador.

Dejo mucha tinta en el tintero —o mucha energía en la computadora—, que me gustaría invertir en la crónica sobre la Academia y el Instituto, y los frutos de ambos, y paso a ocuparme del tema que anuncia el título de este artículo y que me fue asignado dentro del programa de las referidas *XVI Jornadas sobre Justicia Penal*, coordinadas por mi admirada colega Olga Islas de González Mariscal y por mí.

II. LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES: EN GENERAL Y EN PARTICULAR

Así, entraré al examen de setenta y cinco años de presencia —construcción, modificación, orientación— del sistema penal en la Constitución general de la República, asunto que también he examinado en otro trabajo, acotado por sus propias fechas, celebratorio de la Independencia y de la Revolución mexicanas —ambas inconclusas—, que

editaron en 2010 el Instituto de Investigaciones Jurídicas y la casa Porrúa, bajo el título *El derecho en México: dos siglos (1810-2010)*.

Puedo y debo decir desde ahora —como lo hice al exponer esta materia en las *Jornadas*, el 3 de noviembre de 2015— que nuestra Constitución, ordenamiento supremo en el que me concentraré, ha sido modificada por un torrente de reformas, incesante y caudaloso. A mi juicio, estas reformas han acabado por alterar tanto el contenido verbal de la Constitución —torrencial, desmesurado—, como lo pone de manifiesto un sugerente trabajo de “refundición” acometido por Diego Valadés y Héctor Fix-Fierro, con otros colegas destacados. Y además —pero nada menos— han revisado y reorientado varias decisiones políticas fundamentales de la nación mexicana. En rigor, ya no existe la Constitución de 1917. Ahora tenemos una Constitución diferente, no una solamente reformada.

Dentro de este alud de cambios —algunos plausibles; otros no— han tenido creciente manifestación los dedicados a asuntos penales, en forma directa y exclusivamente, o de manera indirecta y circunstancial, aunque muy importante. Ya veremos, líneas abajo, cómo se ha modificado en los recientes lustros el contenido penal de la Constitución.

En este artículo pondré el mayor énfasis en las reformas penales de los últimos setenta y cinco años, que es el compromiso temporal anunciado en el título, pero también aludiré a los cambios habidos en otros momentos a partir de 1917, para proporcionar un marco más completo sobre esta importante materia. No ingresaré ahora —que resultaría indispensable en un examen más amplio y revelador— en la descripción de las circunstancias en que aparecieron la carta de 1917 y sus reformas, y que ciertamente determinaron tanto el contenido de aquélla como la pretensión y la redacción de éstas.

Entre 1917 y 1993 esos cambios fueron relativamente escasos —pero no irrelevantes—, con signo humanista, progresista. Desde 1994, han sido muy abundantes, constantes, a veces obsesivos, con diversos signos: desde el característico del sistema penal democrático hasta el vinculado con una orientación autoritaria. Ambos han dejado honda huella en la normativa constitucional y, por supuesto, en la regulación secundaria.

III. FUNCIÓN DEL SISTEMA PENAL EN EL MARCO CONSTITUCIONAL. LAS DECISIONES FUNDAMENTALES

En un estudio de este carácter es preciso recordar el papel que juega el sistema penal —particularmente el constitucional, rector del conjunto, fuente de la interpretación y de la creación normativa— en la formación y el destino del Estado de derecho, que imprime rumbo a la vida colectiva. No se trata de un asunto menor. Tiene que ver con la paz y la seguridad, pero también —y no menos— con la libertad y la justicia, que poseen rostros diferentes, aunque asuman los mismos nombres, bajo ideologías y tendencias diferentes y a menudo encontradas.

No pretendo colmar de citas este texto, pero tampoco excluiré algunas, muy pocas, que me permitirán orientar mis reflexiones y las de quienes se atrevan a la lectura de este trabajo. Tomemos en cuenta, no sólo a título de noticia histórica, sino de prevención actual, la enseñanza de Luigi Ferrajoli: sobre las ideas penales que prosperaron en los siglos XVII y XVIII y contribuyeron a la fragua del Estado de derecho.

Esas ideas, provenientes del territorio de los delitos, las penas y los procesos, se hallan en la raíz y en la intención del Estado de derecho, y por lo tanto se alojaron en la entraña de lo que Häberle denomina Estado constitucional antropocéntrico. Pero también es cierto que las ideas penales pudieran mellar, si pierden el rumbo de la democracia —o bien, si figuran en el discurso pero no desembarcan en la realidad—, la estructura y el diseño del Estado democrático. De este riesgo se han ocupado muchos observadores contemporáneos de los ires y venires de la justicia penal en el mundo entero y desde luego en México.

Tuvo razón Lardizábal, el jurista mexicano —que reivindicó con perseverancia los amigos españoles, porque buena parte de su vida y de su obra se desarrollaron en España—, cuando aseguró que nada interesa más a la nación que tener buenas leyes penales, porque de ellas dependen la libertad, la constitución y la seguridad del Estado. Evidentemente, la referencia a la constitución tenía, en el libro de este autor, un sentido material, no formal, puesto que aún no se contaba con ordenamientos constitucionales, que sólo llegarían al cabo del siglo XVIII.

Y en su turno, Marat, el revolucionario francés sacrificado por Carlota Corday, resumió con una fórmula excelente, asentada en su “Plan de Legislación Criminal”, de 1789, lo que pudiéramos denominar el paradigma del sistema penal en una sociedad respetuosa del ser hu-

mano y del principio democrático: “No lastimar ni la justicia ni la libertad, y conciliar la benevolencia con la certeza de los castigos, y la humanidad con la seguridad de la sociedad civil”. Esta leyenda podría figurar, con gran actualidad, en el pórtico de la política criminal: una política, por cierto, que no tenemos y que echamos de menos como hilo conductor del frenesí penal que se ha depositado en la Constitución y en numerosas leyes.

Veré enseguida, someramente, el papel que juega la normativa constitucional en el sistema penal. Aquélla es, en buena medida, una doble escritura política, ética y jurídica. Por una parte, es la escritura que orienta y legitima —o al menos legaliza, o más bien, constitucionaliza— el monopolio de la violencia del que habló Max Weber; y por la otra, participa en la escritura o en el estatuto de la libertad: contribuye a establecer su contenido, su orientación, sus beneficios y también sus límites. Protege la libertad y señala sus fronteras, ambas cosas con la mayor energía.

La Constitución determina, asimismo, el espacio para que discurra el encuentro más intenso entre el individuo y el poder público (alimentado por los otros poderes: informales, que asedian al poder formal y a menudo determinan su desempeño, constituyéndose luego en testigos o en coro de las actuaciones de aquél, fuertemente mediatizado).

La ley fundamental es norma básica y programa para el ejercicio de lo que llamamos la justicia, en general, y la justicia penal, en particular, que se suele alojar —esta última— en un apreciable número de normas, cantidad que refleja la natural preocupación del legislador y de la sociedad por la forma en que se despliegue esa expresión del poder. No deja de llamar la atención, por ejemplo, aunque no sea tema de este trabajo, que los derechos básicos recogidos por la Constitución mexicana de 1824, no fueron todos los que debió incluir una norma constitucional —y que en efecto incluyó el Decreto de Apatzingán—, sino sólo los concernientes a la administración de justicia, con un ingrediente fuertemente penal.

La Constitución es, hoy día, como no lo fue anteriormente —ni pudo serlo en siglos precedentes— el puente más o menos firme para el ingreso al derecho interno del derecho internacional o supranacional, en sus múltiples materias, pero principalmente —en lo que nos atañe— en la vertiente de los derechos humanos, y dentro de éstos, en la penal.

Por ese puente —que favorece el encuentro entre el derecho interno y el internacional— transita el orden jurídico internacional o supranacional, que en general ha coincidido y fortalecido la tradición humanista del constitucionalismo propio. En México, lo hace a través del viejo artículo 133, que debiera ser reformado para ponerlo al día del siglo XXI, y del nuevo artículo 1o., al que tampoco le vendría mal una reforma que asegurase, de una vez por todas y sin reticencias, el primado del principio *pro homine*.

Y la Constitución es la norma receptora —como he analizado en otros trabajos— de las decisiones fundamentales de la nación, también en materia penal, no sólo en materia política, que se proyecta en aquélla. Hoy día esa recepción opera a partir de dos fuentes, como he mencionado en el párrafo anterior: la derivada de nuestra tradición constitucional, generalmente liberal, social, popular, y la traída por las corrientes internacionales de reconocimiento y garantía de los derechos humanos.

En el ejercicio de esa función definitoria de las decisiones penales fundamentales, la Constitución debe resolver —consultando la orientación democrática que le imponen su origen, su condición popular, su designio ideológico— diversas interrogantes decisivas. Ante todo, ha de señalar —aunque no lo haga con declaraciones literales, sino con disposiciones claras, inequívocas, perfectamente comprometidas— para qué sirve el sistema penal.

En este sentido, nos hemos pronunciado —pero la Constitución no lo ha hecho invariablemente— en favor de un derecho penal mínimo. El otro, el máximo, se ha deslizado bajo el cimiento constitucional, como luego diremos, proclamándose como necesario por motivos de seguridad pública y gobernabilidad democrática. Se pierde de vista no sólo la compatibilidad natural entre seguridad y derechos humanos, sino el hecho de que la seguridad es un derecho fundamental localizado —desde el alba del constitucionalismo— en la misma relación en la que figuran todos los otros. Y no se toma en cuenta que la gobernabilidad no se asegura legítimamente con el ejercicio de la represión, sino —para citar a Norberto Bobbio— con la perfecta ecuación entre la demanda social y la capacidad de respuesta del sistema político.

En la misma línea de las decisiones penales fundamentales, alojadas en la Constitución y atendidas por la ley criminal secundaria, se encuentran las orientaciones —explícitas o implícitas— acerca del contenido de ilicitud que justifica la adopción de tipos penales, que

suelen proliferar indiscriminadamente. Sólo debieran servir para la protección de bienes jurídicos de la mayor jerarquía, cuando se les ataca gravemente o se les pone en verdadero y grande peligro.

No menos importante es que la Constitución resuelva —también a través de soluciones claras— a quién se tratará como delincuente y por qué medios. No podrían serlo, en la actualidad, el pecador o el demente; pero tampoco el diferente, el discrepante, el disidente. Bajo el asedio del denominado derecho penal del enemigo, confesándolo o no, entendiéndolo bien o mal, y bajo los apremios de la seguridad pública —y acaso de la seguridad nacional— se han construido categorías de infractores diferenciadas, a las que desde el peldaño constitucional mismo se ha otorgado distinto trato por lo que toca a la entidad y la medida de los derechos y las garantías. La reforma de 2008 hizo su propia aportación a estos deslindes, instituyendo por primera vez en nuestra historia reciente un doble sistema penal, en vez del único que teníamos. Éste ha sido uno de los peores deslices en la historia reciente del orden penal constitucional.

En el catálogo de las decisiones penales fundamentales figura, con particular relevancia, la reacción jurídico-política frente al infractor con motivo de la conducta realizada, es decir, la pena (y las medidas de seguridad). En este universo de sanciones queda expuesta la convicción del Estado: si redentora o recuperadora, por una parte, o meramente represiva, retributiva, eliminadora, por la otra. Esta antinomia resume, de alguna manera, la historia de las reacciones ante el delito y se localiza en los textos constitucionales, y recientemente en los internacionales.

Sigamos con las decisiones capitales del sistema penal. Llega el turno al método, medio o procedimiento para determinar que se ha incurrido en un delito, identificar al autor y aplicar la reacción. Es así que se construye una de las porciones más detalladas y relevantes del orden penal constitucional: el enjuiciamiento, para utilizar una expresión que en concepto de algunos tratadistas cubre investigación, instrucción, juicio y sentencia. En este caso la Constitución opta entre el sistema inquisitivo, el acusatorio o el mixto, a sabiendas de que la gran mayoría de los sistemas de los últimos siglos han sido mixtos, con mayor o menor presencia de elementos inquisitivos o acusatorios.

Los datos acusatorios predominaron en el texto original de 1917, mal interpretado por no pocos analistas de última hora, que incurren en la sorprendente afirmación de que nuestra ley fundamental —y con

ella todo el sistema penal— transitó del sistema inquisitivo al acusatorio, apenas en 2008. A partir de este yerro se eleva el abundante panegírico de la reforma de 2008, que posee méritos indudables y no requiere instalarlos sobre ese desacierto.

Por último, la Constitución adopta una decisión fundamental con la que culmina la secuencia que he mencionado: forma, sentido, condiciones para la ejecución de la condena. Puede ser extremadamente rigurosa o ajustarse al signo del derecho penal mínimo, estableciendo tanto el indispensable principio de legalidad en la ejecución como las características de ésta bajo conceptos —a los que adelante me referiré— de readaptación o reinserción, con sus propias correspondencias ejecutivas. Recuérdense que Carnelutti se refirió al sentenciado como el “pobre entre los pobres” y consideró que una vez dictada la sentencia, el “palacio de la justicia se traslada a la prisión”, cosa generalmente olvidada o ignorada por los ejecutores de la pena privativa de la libertad, que lamentablemente domina el escenario de las sanciones.

IV. SERIES DE NORMAS PENALES

Establecidas las decisiones fundamentales en la Constitución mexicana, la ley suprema recoge un vasto contenido punitivo —o asociado a éste— en varias series de preceptos, que paso a mencionar. Antes de hacerlo, reiteraré que los documentos que abrieron la puerta al orden penal moderno alojaron las definiciones centrales de esas series normativas: lo hizo el revolucionario opúsculo de Beccaria, a través de una minuciosa crítica y una enérgica reclamación.

Por lo que toca a México, en los primeros años de la vida independiente los temas que ocuparon a los laboriosos legisladores tuvieron que ver, como era natural, con la organización política de la nación —o de la República, en su momento—, mucho más que con el sistema penal, que siguió instalado en la normativa colonial.

El rezago en la codificación criminal —no obstante algunos ensayos legislativos aislados e insuficientes— se corrigió con la relevante obra del veracruzano Fernando J. Corona, cuyo Código Penal suprimió la pena de muerte, paso civilizatorio que no siguieron otros ordenamientos, entre ellos el código de Martínez de Castro, un par de años después.

En nuestras Constituciones históricas hay detallada normativa penal: así, en 1814, 1824 —como antes mencioné— y 1857. La primera, de Apatzingán, dedicó seis artículos a la materia que ahora nos interesa. Destaca el 23, que puso énfasis en la legalidad y la racionalidad del sistema penal —heredando así el pensamiento beccariano, las ideas de Bentham y las orientaciones de la gran *Declaration* de 1789—, al decir: “La ley sólo debe decretar penas muy necesarias, proporcionadas a los delitos y útiles a la sociedad”.

Por su parte, los artículos 145 al 156 de la primera Constitución federal, de 1824, establecieron las reglas generales para la administración de justicia, que son un catálogo de derechos (principalmente) penales con particular importancia en el cuerpo de una constitución que carece de la relación de derechos humanos característica de las leyes fundamentales.

La Constitución de 1917, fruto de un Congreso Constituyente popular, en el que figuraban muchos militantes de la Revolución de 1910 y de los procesos inmediatamente posteriores a ésta, recogió la materia penal, como señalé, en series de normas cuyo conjunto —que no es un “capítulo” de la Constitución propiamente dicho— integra el “sistema penal” mexicano, profusamente modificado.

La primera serie normativa corresponde, en mi concepto, al principio de legalidad en varias dimensiones; tipos penales, órganos y autoridades, proceso y ejecución de las consecuencias del delito. Una segunda serie se integra con las disposiciones concernientes a la sanción jurídica, en las que se fija lo que podríamos llamar el “proyecto penal del Estado”, reflejado en la orientación de la pena y, por lo tanto, en el trato al infractor a partir de la condena con la que cesa la presunción de inocencia.

Una tercera serie de normas corresponde al “cuerpo de la justicia”, parte del cuerpo del Estado. Se trata de las disposiciones orgánicas y funcionales incorporadas en la ley suprema. La cuarta serie —en esta sucesión que manejo convencionalmente, para fines expositivos— concierne al procedimiento: el debido proceso, las garantías esenciales del imputado y ahora del ofendido (que son guía de la justicia), el proceso justo. Merece una referencia especial —y por ello constituye una serie normativa propia: la quinta en la relación que propongo— el régimen cautelar, una suerte de justicia preliminar o provisional, que procura generar equilibrio entre intereses y requerimientos que entran en colisión: de la justicia misma, del imputado, de la víctima.

Podemos acoger en la sexta serie normativa las disposiciones concernientes a los órdenes punitivos especiales o especializados, que necesariamente tienen cimiento constitucional, por cuanto traen consigo, salvedades o novedades, con respecto al sistema punitivo regular. A saber: el enjuiciamiento militar, la atención a los menores de edad —adolescentes— en conflicto con la ley penal, como se suele decir, el régimen de los servidores públicos, la normativa de la extradición (nacional e) internacional.

Y aún es posible identificar una séptima y última serie, aunque su materia no sea exclusivamente penal, pero cuenta con implicaciones relevantes en aquélla: las instituciones comunes a diversos ámbitos concernientes al control de los actos de autoridad y a la tutela de los derechos y las garantías del individuo (así, el amparo y la actuación del ombudsman).

He aludido reiteradamente a las reformas constitucionales, con diversos signos y características, que se han volcado sobre la ley suprema en su conjunto y particularmente sobre la justicia penal. En este proceso de transformación, conversión o reorientación constitucional es posible distinguir entre la reforma moderada, que procura retener las determinaciones constitucionales originales, y la reforma caudalosa, que ha implicado la paulatina, pero diligente, formulación de una nueva ley suprema, como anteriormente mencioné. Ambas categorías o especies de reforma se han proyectado hacia la justicia penal.

V. FACTORES Y PERFIL DE LAS REFORMAS

Las reformas constitucionales obedecen a diversos factores o tienen fuentes diferentes. En este marco, ha habido reformas oriundas de la presión sobre el sistema constitucional, ejercida por hechos emergentes que reclaman atención: la nueva delincuencia —sobre todo en la modalidad de crimen organizado—, el debilitamiento de los controles sociales y de los jurídicos no punitivos, el desconcierto, el rebasamiento o la ineficacia de instituciones de prevención y justicia penal, la impunidad, la corrupción, la exasperación e incluso la desesperación de amplios sectores de la sociedad que plantean al legislador —no siempre preparado para manejar este asedio— fórmulas punitivas de extrema dureza.

También cuentan entre los factores de presión sobre el sistema penal, tanto en su proyección legislativa como en su materialización, la renovada composición política, social y económica de la nación, que incorpora nuevos actores en el poder público; los avatares del federalismo, la mundialización del crimen y de las respuestas nacionales e internacionales.

Si recapitulamos sobre los factores inmediatos de una reforma, los arietes que la desencadenan en el Congreso y la consolidan en el texto constitucional, habrá que distinguir una serie de datos promotores o favorecedores, bajo determinadas circunstancias: la evolución natural de las figuras jurídicas —que propiciaría una reforma “fisiológica” natural—, las crisis —en ocasiones profundas—, la caucionada, el simple reformismo, la expectativa real de cambio y progreso, la necesidad de tender elementos de distracción o cortinas de humo ante las miradas inquietas o recriminadoras de la sociedad, a la que se distrae con reformas penales de la atención y solución a problemas que reclaman respuesta en otros ámbitos del quehacer público.

Por supuesto, las reformas navegan en aguas inciertas, sobre todo cuando no responden a necesidades reales o lo hacen errónea o desproporcionadamente. Es obvio que la realidad no se transforma a partir de una reforma constitucional. Si ésta fracasa en el alcance de ciertos objetivos o determinadas promesas, será necesario —y así ha ocurrido recientemente— emprender otra reforma, mejor o peor que la precedente, en un desesperado esfuerzo por aliviar el mal que perdura o se agrava.

Las reformas pueden ser analizadas conforme a su perfil o a su orientación genuina. En este sentido, y por lo que toca al régimen penal, las hay progresistas, consecuentes con el modelo apetecible en una sociedad democrática: pasos adelante; las hay regresivas, que hieren los derechos humanos, ignorantes de que éstos no pueden sucumbir por sufragio popular —que desemboca en la tiranía de la mayoría—, y ni siquiera por decisión del poderoso Constituyente; y las hay ambiguas, que navegan entre diversas aguas, como ha ocurrido, en mi concepto, con la reforma penal constitucional más ambiciosa de los últimos años: la de 2008.

En general, las reformas constitucionales realizadas a partir de 1917 han cubierto con la mayor frecuencia los asuntos del poder —ciudadanía, sufragio, partidos políticos, integración del Congreso, supervisión electoral, etcétera— y las garantías sociales propias del Estado social

de derecho, entendido como Estado de bienestar —injerencia del Estado en las relaciones sociales y económicas, tenencia de la tierra, derechos laborales, recursos naturales, atención a sectores vulnerables, etcétera—.

VI. NÚMEROS

La primera reforma de la carta de 1917, que se presenta como rígida —técnicamente—, pero ha probado ser sumamente flexible, se produjo el 8 de julio de 1921. Entre el 5 de febrero de 1917 y el 10 de julio de 2015 se presentaron 225 decretos de reforma constitucional; de ellos, 107, nada menos, corresponden al periodo comprendido entre el 6 de abril de 1990 y el 10 de julio de 2015: en sólo tres lustros apareció la mitad de los decretos expedidos a lo largo de un siglo, en números redondos. Desde luego, cada decreto reformador abarca uno o varios preceptos, que pueden ser decenas, y lo han sido en varios casos.

Veamos la materia penal constitucional. Entre 1994 y 2015 hubo 20 decretos reformadores, algunos atendidos exclusiva o destacadamente a cuestiones penales; otros, relacionados en mayor o menor grado con éstas. Por vía de comparación, considérese que la Constitución de 1857 recibió sólo 6 reformas entre la fecha de su promulgación —pero la primera reforma penal data de 1874— y 1908. El porfiriato fue también cauteloso en revisiones al Código Penal de 1871 —aunque en esa larga etapa de la vida del país se expidieron tres códigos procesales: dos distritales en el siglo XIX y uno federal en el XX—, convencido de que semejante monumento jurídico, como algunos lo calificaron, no debía ser tocado con ligereza.

VII. UNA LARGA ETAPA: ESCASAS REFORMAS

Para el propósito de esta revisión panorámica, creo adecuado dividir la exposición de las reformas penales en la ley suprema en diversas etapas: la primera, muy larga, corrió entre 1917 y 1992; las siguientes se sucedieron con mayor frecuencia, hasta llegar a la costumbre de las reformas anuales —o casi—, que en ocasiones se insertaron en cambios de otro contenido —así, político, como ha sido el caso de la crea-

ción de la “Fiscalía general”— que implican verdaderos “omnibuses” o “misceláneas” legislativas.

En esa primera etapa, de la que me ocuparé brevemente, los cambios constitucionales se vieron influidos, en apreciable medida, por la herencia liberal decimonónica y la corriente social que ingresó en el constitucionalismo mexicano en 1917, sin perjuicio de los intentos adelantados en 1856-1857 por constituyentes visionarios como Arriaga y Ramírez. Aquéllos fueron escasos, y distantes de la procuración y la administración de la justicia penal, en sentido estricto. No fue alterado el marco procesal acusatorio previsto por Carranza.

La primera reforma de la etapa que ahora comento se hizo en 1948, acerca de la libertad provisional del inculpado, tema que ocupó de nuevo al Constituyente en 1984. En esta materia se ha reflejado siempre la tensión entre las orientaciones liberales —a la cabeza, la presunción de inocencia— y los requerimientos de la seguridad pública, que inducen restricciones a la libertad del procesado.

Las siguientes reformas de la misma etapa tuvieron que ver con lo que podríamos llamar “humanismo constitucional”. En ellas se fortaleció, con fórmulas enfáticas, el “finalismo ético-jurídico” de la ley suprema: ¿a qué objetivos debe atender la pena? En 1965 y 1975 se llevaron a la Constitución —artículo 18— dos reformas notables asociadas a la idea de readaptación social, que relevó al concepto de regeneración incorporado en 1917. La de 1965 planteó el designio de readaptación y estableció medios para procurar este destino, y la de 1975 instituyó la “repatriación” de sentenciados —ejecución de penas en un territorio ajeno a la jurisdicción del Estado que condena—, figura que por primera vez apareció en el espacio latinoamericano.

Asimismo, en 1964 se fijó la orientación general para la atención —rehabilitadora— de los menores infractores, tema que sería objeto de intensas controversias en los primeros años del siglo XXI. Y en 1982 se incorporó una mayor benevolencia en la sanción por faltas de policía y buen gobierno, previstas en el artículo 21, que permeó todo el horizonte de las sanciones administrativas en general.

VIII. LA AMPLIA REFORMA DE 1993

El nuevo periodo de reformas penales se abre propiamente en 1993, con un intenso trabajo parlamentario impulsado por el Ejecutivo. De

esta suerte quedaron modificados varios preceptos de la ley suprema, de manera un tanto apresurada, con aportación de novedades virtuosas y apertura de problemas que más tarde obligarían a nuevas reformas.

Entre los aspectos positivos, a mi juicio, del giro de 1993, que en este sentido representó un “parteaguas” del procedimiento penal regulado constitucionalmente, figuran varios extremos, a saber: inmediata puesta a disposición ante la autoridad del sujeto aprehendido, precisión del alcance de la urgencia mencionada en el artículo 16, control inmediato de la detención en hipótesis de flagrancia y urgencia, plazos para la retención, mejora del régimen de libertad bajo caución, confesión ante el juez o el ministerio público con asistencia del defensor, defensa adecuada, aumento de garantías en la averiguación previa, establecimiento de garantías del ofendido o víctima (confusión inaugurada en 1993): asesor, reparación, coadyuvancia, atención médica y otras.

En lo que respecta a aspectos cuestionables de la reforma de 1993, cabe mencionar, también en mi concepto, los siguientes: flexibilización en el ejercicio de la acción penal y, por lo tanto, en la injerencia en el ámbito de libertad de los ciudadanos, a partir de la reforma al artículo 19 (que inició el trasiego de conceptos: cuerpo del delito y elementos del tipo), noción de delito grave para limitar la libertad provisional, restricciones a ésta a petición del Ministerio Público, incorporación del concepto de delincuencia organizada, sin certeza acerca de su caracterización, extradición interna sustraída a la ley y gobernada por convenios entre procuradurías, con flagrante menoscabo del principio de legalidad.

IX. ETAPA INTERMEDIA: MÚLTIPLES TEMAS

Me parece que la heterogénea reforma de 1993, con su caudal de figuras garantistas y su incorporación de figuras problemáticas, integra por sí misma una etapa de los cambios constitucionales en materia penal. Luego vendrían otros, en una nueva etapa que culmina en 2008. En esa etapa intermedia —por llamarle de algún modo— se halla primero la reforma de 1996, con la que comienza una secuencia de modificaciones al artículo 73 que caracterizan el abundante conjunto de novedades llevadas por el tema penal —a su vez impulsado por la grave inseguridad pública— a la reelaboración del federalismo, que se halla en la fragua.

Digamos desde ahora que la primera reforma de contenido penal al artículo 73, y específicamente a su fracción XXI, se presentó en 1996, es decir, setenta y nueve años después de la promulgación de la Carta en 1917. Ahora bien, entre 1996 y 2017 ha habido diez reformas al mismo precepto, abultado número que pone de manifiesto el zigzag en la política criminal —por así llamarla— del Estado mexicano con respecto a las nuevas expresiones de la criminalidad y a la redistribución de tareas entre la Federación y las entidades federativas en este campo de preocupaciones y ocupaciones públicas, determinadas por “angustias sociales”.

La reforma de 1996 a la que me estoy refiriendo, dominada por la atención a la seguridad pública y el menor acento sobre los derechos humanos y el régimen tradicional de competencias persecutorias y jurisdiccionales (en el que anteriormente gravitó con fuerza decisiva el principio de territorialidad), ingresó en la ley suprema novedades sobre temas destacados —varios de los cuales implican restricción o condicionamiento de la libertad o la intimidad—, como son: intervención de comunicaciones privadas, restricciones a la libertad provisional (considerando antecedentes del sujeto y riesgos que entraña su liberación), ampliación de supuestos de decomiso. Añadamos el retiro de la denominación de “judicial” que había tenido desde 1917 la policía de investigación subordinada al ministerio público, y sobre todo la facultación a las autoridades federales —dentro de la mencionada línea de presiones penales sobre la normativa federal constitucional— para conocer de delitos del fuero común conexos con los federales. Esta facultación arraiga en diversos motivos: sea la conveniencia de encauzar por una sola vía, razonablemente, la actividad persecutoria del Estado mexicano, sea la escasa competencia —no jurídica, sino material— de las instancias locales para llevar adelante esta función esencial del poder público.

En 1999 se incorporó una nueva reforma en el texto constitucional atinente a cuestiones penales, que provino de una iniciativa planteada por el Ejecutivo en 1997. Ésta tuvo un inequívoco talante autoritario, con fuerte reducción de garantías a partir del combate a la delincuencia organizada. Se pretendió, con enorme extravío, introducir el juicio penal en ausencia y aludir solamente a los elementos objetivos del tipo penal para sustentar (el ejercicio de la acción y) la orden de aprehensión y el auto de formal prisión. Fue notoria la intención de desviar la orientación liberal que campeaba en el sistema penal constitucional.

Afortunadamente, el Senado de la República actuó con cautela frente a esa tentación autoritaria del Ejecutivo. Tomó dos años la elaboración del dictamen senatorial, que finalmente corrigió errores de la normativa vigente y de la iniciativa del Ejecutivo, pero acogió otros por su cuenta o derivados de aquella iniciativa. Un acierto —siempre en mi concepto— fue el retorno a la noción de cuerpo del delito en los artículos 16 y 19, cuya historia objetiva está por hacerse, en medio de las corrientes enfrentadas que desahucieron esa noción o la defendieron (débilmente). Agreguemos la prórroga del plazo para dictar auto de formal prisión a solicitud del imputado (prórroga originalmente prevista, con buen sustento, en el Código Federal de Procedimientos Penales).

Me parece cuestionable, en cambio, la flexibilización de la acción penal confirmada en los artículos 16 y 19, que desanda el camino de las garantías procesales; es discutible el régimen de decomiso de bienes de procedencia ilícita presunta, bienes que “causen abandono” y bienes asegurados en procedimientos sobre delincuencia organizada cuando se ponga fin —sin condena penal— a la investigación o al proceso.

Tampoco fue afortunada, desde la perspectiva de la congruencia entre principios jurídicos que debieran marchar al unísono y de las garantías elementales del servidor público, la inclusión en el artículo 123 constitucional de un régimen de remoción libre de policías por deficiencias posteriores a su nombramiento, que entraña la aplicación de una inadmisibles retroactividad desfavorable. Se entiende, por supuesto, la motivación de esta reforma, debida a los mayúsculos problemas existentes en la selección y supervisión de los integrantes de corporaciones policiales, problemas generados por el abandono o la alteración de políticas saludables en este ámbito.

En los años 2000, 2001 y 2004 llegaron más reformas, que incluyo dentro del periodo que ahora estoy examinando, posterior a 1993 y anterior a 2008. La primera de ellas, en 2000, se refiere al apartado B del artículo 20 constitucional, que con acierto fortaleció la presencia del ofendido dentro del marco de las garantías constitucionales a favor de participantes en el proceso penal. En rigor, el ofendido había permanecido a la sombra, oscurecidos sus derechos sustantivos y adjetivos. De esa oscuridad comenzó a salir —para bien de la justicia— en la reforma constitucional de 1993, aunque en esta emergencia se cometió el error, que persiste con obstinación, de considerar idénticas entre sí a las figuras del ofendido —titular del bien jurídico dañado o puesto

en peligro— y de la víctima —sujeto que resiente las consecuencias del delito, aunque no sea titular del bien afectado—. La confusión fue abonada por reformas posteriores e incluso por el Código Nacional de Procedimientos Penales, pese a que éste caracteriza correctamente —y por lo tanto deslinda— víctima y ofendido.

En 2001 llegó una bondadosa reforma garantista —diluida en la regulación constitucional posterior— sobre ejecución de la pena privativa de libertad en un lugar cercano al domicilio del sentenciado. Esta disposición, que abarcaría a todos los sentenciados, tuvo origen en el proyecto de reformas de aquel año sobre derechos de comunidades indígenas; en éste se pretendió contraer la garantía a los individuos pertenecientes a esas comunidades; luego se amplió en términos pertinentes.

Vayamos ahora a las reformas constitucionales de 2004 y 2005. No abundaré en la primera, que concierne a seguridad nacional y sólo indirectamente —pero no por ello irrelevante— podría generar repercusiones penales. Tiene mayor significado para los fines de este repaso constitucional el conjunto de reformas —cuatro— que aparecieron en 2005, que corresponden a temas de gran importancia, totalmente diversos. Se trata, en todos los casos, de modificaciones sugeridas de tiempo atrás y sujetas a debates intensos, de los que finalmente surgió la solución que prevalecería en 2005, aunque su consagración no siempre fuera afortunada —el caso de la justicia penal internacional— o no fuera perdurable a pesar de haber sido afortunada —el caso de los adolescentes en conflicto con la ley penal, en el que hubo retroceso al cabo de pocos años—.

De las reformas de 2005 me ocuparé según su orden de aparición en la escena. El 20 de junio fue publicada la modificación al artículo 21 que permite a México “reconocer, en cada caso, la jurisdicción de la Corte Penal Internacional”, o bien, en otros términos —más claros— incorporarse al sistema penal internacional mediante la adopción del Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal y define sus atribuciones y procedimientos.

La discusión interna sobre este tema fue ardua y culminó en una reforma de “transacción”, singularmente defectuosa, que pretende su-peditar la participación mexicana en actividades persecutorias de la Corte Internacional a los acuerdos que para ello emitan el Ejecutivo, primero, y el Senado, después. Esta modalidad —de “candados”, se suele decir— carece de asidero en el Estatuto de Roma y pudiera arri-

bar a la negativa de validez a semejante cláusula condicionante, como ya ha ocurrido, a propósito de declaraciones o reservas mexicanas que quieren limitar el alcance de disposiciones internacionales cuya observancia ha comprometido nuestro país como Estado parte del tratado respectivo.

El 28 de noviembre de 2005 se publicó el decreto que contempla la emisión de una ley federal para el conocimiento de delitos de este fuero por autoridades comunes en materias de jurisdicción concurrente. He aquí un nuevo paso para reorganizar el sistema de competencias penales —que es, en su base, un sistema de persecución de delitos y asunción de las pesadas cargas de la seguridad pública— depositando mayores y más claras atribuciones en las autoridades locales y modalizando, en lo que toca a este sector, la organización federal de la República.

También en 2005 —9 de diciembre— se publicó el decreto que extrae de la Constitución la pena capital, un progreso pendiente desde el siglo XIX. En algunos textos de esa centuria, y particularmente en la Constitución de 1857, se pretendió la abolición de la pena capital a partir del establecimiento del sistema penitenciario. Desde entonces hubo penitenciarías —algunas de ellas erigidas conforme a los mejores patrones arquitectónicos de su hora—, pero no un genuino sistema penitenciario nacional. En 2005, el abolicionismo se impuso y fue desterrada la pena de muerte, sin mayores condiciones ni vinculación con la pena privativa de la libertad, abolición que nuestro país acentuó a través de la adopción del protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos que suprime la pena de muerte.

El 12 de diciembre de 2005 fue publicado un nuevo texto acerca de los menores de edad en conflicto con la ley penal, que puso término a la normativa sobre menores infractores basada en el texto constitucional precedente, de 1965. En el debate entre corrientes enfrentadas en este tema —que es un debate con altas y bajas a escala continental, proyectadas sobre la deliberación acerca de este asunto en México— militaron las tendencias llamadas tutelares y las denominadas garantistas, designaciones que no siempre son apropiadas. En fin de cuentas, se alejó la idea de considerar a los adolescentes en un sistema penal y prevaleció la de asignarles un sistema integral de justicia propia. Fue un acierto del Poder Revisor de la Constitución, que echaría por tierra la nueva revisión de este asunto diez años más tarde.

X. LA REFORMA AMBIGUA DE 2008: ¿DEMOCRACIA O AUTORITARISMO?

La reforma constitucional promovida en 2007 y consumada en 2008, en la que coincidieron finalmente, a través de una “transacción” más que opinable, las corrientes garantistas y las corrientes autoritarias —que ya dije—, es la que reviste mayor alcance en materia procesal entre todas las realizadas a partir de 1917. De ella se desprenderían otras reformas —también constitucionales: la relativa a competencia legislativa del Congreso de la Unión, de 2013— y la normativa secundaria que rige en la actualidad: Código Nacional de Procedimientos Penales y regulación de las soluciones alternas, a reserva de que llegue pronto la ley de ejecución de sentencias.

Los panegiristas de la reforma de 2008 —que son numerosos, mucho más que los críticos— hablan acerca del establecimiento de un “nuevo paradigma” en la justicia penal mexicana. Las banderas desplegadas para instalar el “nuevo paradigma” aluden a los juicios orales —en realidad, se trata de juicios por audiencias— y al sistema acusatorio —que también se ha calificado, con desliz, como adversarial, voz grata a quienes pugnaron por la importación del *adversary system*—, bajo la idea, que ya mencioné, de que la Constitución ha abandonado el sistema inquisitivo y asumido el acusatorio. Sobra insistir en el rechazo de este equivocado diagnóstico constitucional, aunque no se deben negar —sino aplaudir— los ingredientes liberales que la reforma aporta al conjunto de la justicia penal.

La reforma de 2008 y sus derivaciones secundarias recogen elementos de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada —un ordenamiento contaminante, con el que inicia la bifurcación del sistema penal mexicano, entre luz y sombra—, del impulso reformista sudamericano, principalmente el emprendido en Chile, más alguna lectura del excelente documento que es el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, elaborado al amparo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal por un grupo de respetables juristas que actuaron en varias etapas hasta llegar a la más reciente, que ya implicó la redacción del modelo presentado en 1988: Niceto Alcalá-Zamora, quien “lanzó la idea”, Sebastián Soler, Alfredo Vélez Mariconde, Jorge A. Clariá Olmedo, Víctor Fairén Guillén, Fernando de la Rúa, Julio B. J. Maier, Bernardo Gaitán Mahecha, Jaime Bernal Cuéllar, Ada Pellegrini Grinover y Alberto M. Binder.

Sin perjuicio de esas influencias, las nada estimables —la Ley contra la Delincuencia Organizada— y las muy estimables que también he mencionado, el ímpetu mayor para llevar a cabo la reforma provino de los Estados Unidos de América. Las instituciones norteamericanas, que han ganado terreno en todo el horizonte de las reformas procesales, han aportado sugerencias prontamente acogidas en México, e incluso recursos económicos que han concurrido a la construcción de instrumentos para la reforma a través de formación profesional y difusión académica, entre otros renglones.

He dedicado un libro —que contiene el subtítulo de “¿Democracia o autoritarismo?”— a la reforma de 2008, y a él me remito para conocer el origen, el desarrollo y la adopción de la mencionada reforma, que también he calificado de “ambigua” por los elementos contradictorios que aloja. Los propios documentos generadores de la reforma, que ponderan el garantismo a voz en cuello —y lo saludo—, también hablan de la exclusión de “falsos garantismos”, que quizá no son tan falsos, y de reducción de garantías —revisión de estándares, dicen— para la injerencia del Estado en el ámbito de la libertad, como ocurre en la orden de aprehensión y en el auto de procesamiento, al que la nueva terminología denomina de “vinculación” a proceso.

Ya me he referido a la infortunada escisión del sistema procesal en dos vertientes: ordinaria, la primera, con mayores derechos y garantías, y especial, la segunda para delincuencia organizada y “otros” supuestos que ameriten medidas restrictivas con respecto al procedimiento y la privación de libertad. Por este camino se puede internar el sistema penal en el rumbo de los extravíos autoritarios.

La reforma de 2008 pone fuerte acento en la solución consensual del litigio penal a través de mecanismos alternos, cuyo detalle consta en el Código Nacional de Procedimientos Penales y en la ley sobre mecanismos alternos. Este acento pudiera llevar hacia la justicia restaurativa, a la que no se menciona por su nombre, pero también plantea una colisión de “paradigmas”, para utilizar el vocablo tan socorrido: de un lado, el paradigma de la justicia; del otro, el de la economía, alentado por acuerdos entre partes —una de ellas el poderoso Ministerio Público—, verdades pactadas, aplicación del principio de oportunidad, etcétera.

Muestra de esa colisión, resuelta por el Poder revisor y por el legislador ordinario a favor de la economía, es la regulación del procedimiento abreviado o terminación anticipada, en la que son evidentes las

huellas del *plea bargaining* norteamericano, tan diversamente considerado, en su propia tierra, por partidarios y adversarios.

La reforma de 2008 ofrece innovaciones relevantes, positivas, en la vertiente del progreso procesal y el desarrollo de derechos y garantías, proclamadas bajo el rubro del proceso acusatorio. Mencionemos algunas, entre las más importantes: avanza en la relación y el desarrollo de principios del procedimiento y objeto del proceso, considera en mejor forma los derechos del ofendido y su acceso al proceso, crea los jueces de control —o jueces de garantía—, pone acento en la defensoría pública, tiende a reducir los supuestos de prisión preventiva —extremo que ha mejorado bajo el Código Nacional de Procedimientos Penales—, judicializa la ejecución y con ello abre la puerta al establecimiento de jueces de ejecución —previamente acogidos por algunas entidades federativas—, regula las medidas cautelares y precautorias —pero deja subsistente, con regulación desacertada, la posibilidad del arraigo—, reglamenta diversos procedimientos especiales, entre ellos el destinado a indígenas y el referente a personas morales —cuya normativa material persiste en los múltiples códigos penales federal y locales—, etcétera.

En lo que toca a distribución de competencias persecutorias, el giro constitucional del 2008 precisó —considerando la existencia de pareceres diversos que encaminaron diferentes acciones— que la materia de delincuencia organizada queda bajo la jurisdicción federal. Compete al Congreso de la Unión, en exclusiva, legislar acerca de esta cuestión, erizada de problemas, lo cual descarta los ordenamientos que algunas entidades —entre ellas el Distrito Federal, ahora Ciudad de México— habían comenzado a expedir con relación a esta materia.

Supra me referí al proyecto ético del sistema penal, alojado en el objetivo o fin de las penas, particularmente la más intensa y difundida —que es desacierto—: la privativa de la libertad. A partir del texto de 1917, ese fin fue la regeneración del reo; en 1964 se acogió el concepto de readaptación, que bajo ese nombre u otros equivalentes existe en muchos ordenamientos nacionales y en el derecho internacional de los derechos humanos; en 2008 aquel término fue sustituido por el de reinserción, sin razones suficientes para el cambio, más allá de algunas ideas demasiado vagas y prejuiciosas a propósito de lo que es —pero no es— la readaptación.

En 2008 se indicó que la reinserción y la evitación de la reincidencia, expresamente planteadas en la reforma constitucional, se busca-

rían a través del trabajo, la capacitación para éste, la educación, el cuidado de la salud, el deporte y la protección de los derechos humanos. Algunos de estos datos de readaptación o reinserción se hallaban en textos anteriores; otros son nuevos, como ocurre con la invocación explícita de los derechos humanos, que de ninguna manera es reprochable, pero resulta extraña si se considera que todas las personas, no sólo los reclusos, son titulares de semejantes derechos y acreedores a su protección. Seguramente el Poder revisor ha querido enfrentar, con la expresa alusión a los derechos fundamentales, la situación que ha prevalecido y prevalece en los reclusorios: violación sistemática y masiva de aquéllos.

La reforma de 2008 dispuso plazos *ad quem* para la vigencia plena de las novedades constitucionales. En lo que respecta al sistema procesal acusatorio, ocho años, que concluyeron en junio de 2015; en lo que atañe al sistema de ejecución penal —que supone revisión profunda del régimen penitenciario, normas y realidad, y judicialización de la ejecución—, tres años, que expiraron hace tiempo, sin que hubiera avances significativos.

XI. ABUNDANTES REFORMAS POSTERIORES: DE 2008 A 2015

Después del decreto reformador de 2008 han sobrevenido numerosas reformas penales, diversas, heterogéneas, que pudieron conformar —más en razón del tiempo en que se presentaron: siete años, que en función de sus temas— una nueva etapa del proceso de reformas penales constitucionales. Se trata, desde luego, de cambios importantes que reseñaré en los siguientes párrafos.

El 4 de mayo de 2009 quedó establecido —en una nueva reforma al artículo 73 constitucional, para seguir distribuyendo cargas penales entre la Federación y las entidades federativas— la facultad del Congreso de la Unión para expedir la ley federal en materia de secuestro, delito cuya comisión se ha incrementado y que causa extrema alarma social.

A propósito de esta reforma, es importante observar el empleo de un concepto de reciente ingreso al orden jurídico mexicano, con dudoso sustento constitucional —aunque lo tuviera jurisprudencial— hasta el haz de reformas de 2009 y posteriores: las “leyes generales”, que tienen a su cargo —definió inicialmente la jurisprudencia federal— la fijación de competencias específicas a cargo de la Federación y las

entidades, en la hipótesis de que se requiera la convergencia de ambos planos del Estado.

En la reforma de 2009 y en las subsecuentes de 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015 —2 y 10 de julio—, a las que adelante me referiré, se halla el perfil “mínimo” de esas leyes generales en materia penal: tienen por objeto “establecer, como mínimo, los tipos penales y sus sanciones, la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios”. Adviértase que la Constitución habla del contenido mínimo, el indispensable, el inexcusable, de las leyes generales, pero no determina el otro lindero: hasta dónde pueden llegar, y por ello el analista podría poner en juego la imaginación y quizá convertir una ley general en un ordenamiento exhaustivo sobre determinada materia, que abarque inclusive los temas generales del derecho penal.

El 14 de julio de 2011 se avanzó un trecho más en el despliegue de leyes generales: quedó sujeta a un ordenamiento de esta naturaleza, emitido por el Congreso de la Unión, la trata de personas, otro crimen frecuente. Una nueva redistribución de competencias se hizo merced a la reforma constitucional del 25 de junio de 2012, producto del clamor levantado por la frecuente comisión de delitos muy graves —desde amenazas hasta homicidio calificado— en agravio de periodistas: ilícitos aparentemente motivados por el ejercicio de esta profesión, que puede provocar violencia por parte de autoridades públicas o delinquentes.

Hechos de esta naturaleza han causado severo deterioro a la imagen pública del país, más allá de nuestras fronteras, y suscitado reclamaciones constantes por parte de comunicadores sociales y organizaciones promotoras de la libre expresión. De ahí que se hubiera querido brindar protección penal para la práctica segura de uno de los derechos básicos en el marco de una sociedad democrática: la libre expresión de noticias e ideas. En la especie —señala hoy la fracción XXI del artículo 73—, los órganos federales podrán conocer de delitos contra periodistas, personas e instalaciones que afecten el derecho a la información o las libertades de expresión e imprenta.

Llegó en seguida un alivio a lo que se ha denominado, con sobra de razón, “extremoso federalismo” en materia penal, que dispersó la legislación de esta especialidad entre la Federación, los estados de la República e incluso el Distrito Federal (anteriormente sujeto al mismo código federal).

A partir de un pronunciamiento presidencial del 1o. de diciembre de 2012 aparecieron varias iniciativas de revisión del régimen constitucional de competencias. En este punto no sólo influyó la evidente necesidad de racionalizar la legislación punitiva para disponer de la herramienta que sustentara —o reflejara— una verdadera política nacional, sino también los patentes desaciertos de la aplicación dispersa, a veces caprichosa, de la normativa procesal constitucional establecida en 2008: aparecieron distintas interpretaciones en diversos códigos locales, lo cual agravó los problemas que se pretendía resolver con la multicitada reforma del 2008.

Por lo dicho, se volvió a la carga sobre la fracción XXI del artículo 73, a fin de conferir al Congreso de la Unión competencia exclusiva para legislar, con alcance para toda la República, en diversas materias: procedimiento penal, mecanismos alternativos de solución de controversias de este carácter y ejecución de penas.

Lamentablemente quedó fuera de este giro competencial lo que más interesaba que quedara dentro: la ley penal sustantiva, cuya unificación ha sido requerida desde hace muchos años —constituye un planteamiento reiterado de la Academia Mexicana de Ciencias Penales—, y cuenta en su favor con sólidos argumentos. Como sea, los temas penales se volvieron a localizar en el centro de la escena donde se reconstruye el régimen federal mexicano. En este caso no se echó mano de los conceptos de ley general o ley reglamentaria, sino de una nueva categoría: Código Nacional, cuya naturaleza será preciso explorar dentro del conjunto de leyes de diferente carácter y designación que han llegado a nuestro orden jurídico.

El 10 de febrero de 2014 recibimos una “miscelánea” político-electoral, nueva presentación de una cauda de reformas de esta materia que han puesto en evidencia la pintoresca expresión, utilizada en 1996, de que se había llegado a una reforma electoral “definitiva”. La definitividad no ha caracterizado, en modo alguno, al sistema electoral, como tampoco al penal, según hemos podido ver a lo largo de esta exposición.

Dentro de esa miscelánea llegó una nueva figura auspiciada por la necesidad de introducir cambios en la localización político-constitucional y en la gestión funcional del Ministerio Público, cuyo emplazamiento actual viene de 1900. La nueva figura fue la Fiscalía General de la República, que hasta la hora de redactar estas notas carece de la regulación secundaria requerida por la norma constitucional. La Fiscalía

está concebida como órgano constitucional autónomo —uno más, en el conjunto creciente y abigarrado de entes de la misma naturaleza que han proliferado en años recientes—. Con el mismo impulso político-electoral, la reforma de 2014 aportó a la cosecha de leyes generales, introduciendo en esta categoría la especialidad penal electoral.

El 27 de mayo de 2015 hubo nuevas reformas importantes. Por una parte, se modificó el artículo 22 constitucional para ampliar los supuestos de extinción de dominio —una figura que también se halla pendiente de exploración seria desde la perspectiva de los derechos fundamentales, puesto que incide en éstos—, a fin de incluir el supuesto de enriquecimiento ilícito a los antes mencionados en el texto constitucional: delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas.

En la misma fecha últimamente citada —27 de mayo de 2015— se creó el Sistema Nacional Anticorrupción, previsto en el artículo 113 constitucional, cuyo propósito y funcionamiento van más allá de los temas penales, pero indudablemente los implican. De nueva cuenta se reformó el artículo 73 constitucional —pero no la fracción XXI— para facultar al Congreso de la Unión, en forma consecuyente con el cambio constitucional, a expedir una ley de bases de coordinación —que no se denomina reglamentaria, nacional, general o única— del referido Sistema Nacional.

El 2 de julio de 2015 reaparecieron en el plano constitucional los adolescentes en conflicto con la ley penal, tema que ya mencionamos al ocuparnos del grupo de reformas introducidas en 2005. En el cambio de 2015 a la fracción XXI del artículo 73 se hizo retroceder parcialmente las manecillas de la historia, que habían avanzado en 2005. El retroceso consiste en la adopción de una ley única —hasta aquí, un paso necesario, que no fue posible adelantar en 2005— en materia de justicia “penal” para adolescentes, “penalización” innecesaria y perturbadora.

El régimen de los adolescentes sigue el patrón relativo a los adultos: procedimiento acusatorio y oral, con derechos específicos y sin aludir —como antes se hacía— a la rehabilitación de aquellos sujetos. Se contempla el internamiento de los mayores de 14 años que incurran en hechos delictuosos, pero se ha omitido calificar esos hechos como graves, omisión que multiplica las posibilidades de internamiento, contrariamente a la tendencia mundial sobre esta materia.

Además, el Poder revisor adecuó la reforma sobre adolescentes a los lineamientos competenciales y materiales del régimen de adultos, en tanto dispuso que el Congreso de la Unión expidiera una ley única —no nacional— procedimental “penal”, de mecanismos alternativos, de ejecución de penas y de “justicia penal” (que por lo visto tiene un contenido diferente de la procedimental) destinada a adolescentes.

Pocos días más tarde, el 10 de julio de 2015 acudió la última reforma constitucional de contenido penal —última, hasta la fecha de elaboración de estas líneas—, también con relación a la fracción XXI del artículo 73. En un nuevo intento de amparar con eficiencia derechos humanos frecuentemente vulnerados, se atribuyó al Congreso de la Unión la potestad de expedir una ley general acerca de desaparición forzada —una cuestión que ha inquietado al país y determinado severos cuestionamientos por parte de órganos internacionales de defensa de los derechos humanos—, otras formas de privación ilegal de la libertad y diversos tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

XII. COLOFÓN

Hasta aquí, pues, el curso de las estipulaciones penales en la Constitución General de la República, a partir del texto aprobado en 1917 por un Constituyente en el que participaron muchos diputados que habían conocido el rigor del régimen penal del porfiriato. No sólo leyeron las noticias o la doctrina en torno a la policía, el Ministerio Público, los tribunales, las prisiones. Algunos vivieron la experiencia de la letra de 1857 —una Constitución liberal con la que, sin embargo, “no se podía gobernar”— en contraste con la práctica punitiva que muchos cronistas, víctimas, testigos, relataron puntualmente.

En el camino constitucional recorrido desde 1917, pero sobre todo en el andado desde 1940, *dies a quo* de este trabajo, han proliferado las buenas intenciones y han abundado los tropiezos en la materialización de lo que llamé, casi al inicio del recorrido, las decisiones fundamentales en materia penal, y entre ellas la mayor de todas, rectora del conjunto: ¿Para qué sirve el sistema penal? ¿Qué queremos hacer de él y con él?

Hoy contamos con muchas normas plausibles y algunos trabajos de buena voluntad para que las disposiciones hagan el viaje que va del discurso del legislador a la realidad de la justicia cotidiana, la que he

llamado “micro-justicia”, la que se procura y administra en numerosos espacios del quehacer público, a gran distancia de la majestuosa escalinata de la Suprema Corte de Justicia en la que velan los monumentos a Rejón, Otero y Vallarta.

Lo que más debiera inquietar al observador del sistema penal de nuestro tiempo —aquí y fuera de nuestras fronteras— es la tentación de utilizar la herramienta punitiva más allá de su oficio natural en una sociedad democrática, alterando el desarrollo del pensamiento beccariano y el progreso de la normativa aplicable en todos los casos, tropiezo en el que incurrió, pese a todas sus bondades, la reforma constitucional de 2008. Fortalecer el costado humanista y liberal del aparato penal y ahuyentar esa tentación autoritaria es el cometido primordial de la política criminal avanzada, que no cede en el esfuerzo por implantar una verdadera justicia.