

La política criminal de la reforma penal en México (*)

DR. IUR ENRIQUE DÍAZ-ARANDA (1)

1. FUNDAMENTOS Y ORIENTACIÓN POLÍTICO-CRIMINAL DE LOS SISTEMAS PENALES

El Derecho Penal es el instrumento legal más represivo con que cuenta el Estado para reaccionar frente a conductas consideradas como delitos. Por ello, en un Estado social y democrático de Derecho, dicha potestad punitiva obedece a una política criminal cuyos fundamentos y principios básicos expongo a continuación.

La libertad, después de la vida, es el bien jurídico tutelado más importante con que cuenta el individuo en una sociedad, de ahí que exista una protección especial de ella a través de su reconocimiento como garantía individual en la Constitución. Ello significa que la libertad del ciudadano sólo deberá ser restringida o suprimida por un acto de autoridad debidamente fundado y motivado.

La fundamentación para privar de la libertad al ciudadano se encuentra en diversos ordenamientos jurídicos desde la Constitución hasta los secundarios, como son civiles, administrativos y penales. Así por ejemplo, a través de un arresto administrativo se puede privar de la libertad a quien ha cometido una falta administrativa, por ejem-

(*) Conferencia dictada en el seminario *Rising Violence and the Criminal Justice Response in Latin America* en la Universidad de Texas, Austin, el 8 de mayo de 1999.

(1) Investigador invitado en el Instituto de Ciencias Penales de la Universidad de Munich, Alemania, con el financiamiento de la fundación Alexander von Humboldt.

plo, orinarse en la vía pública. Empero, en casos como el anterior la privación de la libertad no excede de un par de días, sólo un acto gravísimo podría justificar una prolongada privación de la libertad, ese acto sólo puede ser la comisión de un delito.

Cometer un delito o imputar un delito al ciudadano significa que la autoridad ha investigado suficientemente para demostrarle su responsabilidad, es decir, la carga de la prueba (*onus probandi*) recae en los órganos competentes del Estado, quienes apoyados en la labor de investigación realizada y de las pruebas obtenidas puedan motivar debidamente por qué se justifica la detención del ciudadano. A la ley también corresponde regular, cuál es el órgano competente, cómo debe realizar la investigación, qué grado de prueba se requiere para motivar dicho acto de autoridad, cómo desarrollar el proceso, etc.

Hasta aquí me he referido a la detención del ciudadano, ocupémosnos ahora de la causa que motiva suficientemente su procedencia: el delito.

La vida ordenada en comunidad se sustenta en la interrelación de sus integrantes, los cuales fundan sus expectativas de desarrollo de su personalidad en finalidades materiales o abstractas para cuyo logro son indispensables ciertos bienes. De ahí que el Estado, en su función de vigilante de la vida ordenada en comunidad, garantice la protección de esos intereses a través de normas jurídicas y los eleva a rango de bienes jurídicos tutelados. Empero, no todos los bienes jurídicos tienen la misma valía, sólo algunos de ellos son de vital importancia: la vida, la integridad física, la libertad sexual o el patrimonio, son bienes jurídicos fundamentales y se protegen a través de distintas normas.

Así, por ejemplo, el patrimonio es un bien que se garantiza a través de normas civiles, administrativas e, incluso, penales. De esta suerte si dos sujetos celebran un contrato de compraventa y el vendedor entrega la cosa, pero el comprador no paga el precio, ese incumplimiento supone la lesión del patrimonio del vendedor, el cual debe contar con la protección jurídica necesaria para acudir a los órganos del Estado competentes y resarcir el daño a su patrimonio. No obstante, existen afectaciones al bien jurídico tutelado cuya gravedad es mayor y, por tanto, requieren ser prevenidas y, en su caso, sancionadas a través de la amenaza de una pena de prisión.

De esta guisa, en países con tradición romano-canónica-germánica, corresponde al legislador determinar cuáles son los bienes jurídicos fundamentales para la vida ordenada en sociedad (principio de bien jurídico) e identificar cuáles conductas les afectan gravemente (principio de fragmentariedad), dichas conductas son descritas lin-

güísticamente en tipos penales los cuales establecen las penas a imponer a quienes las realicen (principio de legalidad) lo cual se traduce en seguridad jurídica para el gobernado.

Por ello, aunque el incumplimiento de un contrato supone la afectación del patrimonio, la respuesta del Estado debe limitarse a emplear al Derecho Civil para restituir su integridad y sólo debe echar mano del Derecho Penal cuando la afectación al patrimonio es grave (principio de subsidiariedad). Pero la gravedad no sólo se mide en función de la afectación del bien sino también atendiendo a la gravedad de la conducta. Por ello, aunque la afectación del patrimonio es mayor por el incumplimiento de un contrato de quinientos mil dólares en comparación con el robo de los faros de un automóvil, no obstante, la conducta de no cumplir un contrato por insolvencia no es tan grave como la de robar y, por ello, en el primer supuesto se reacciona con sanciones civiles mientras que en el segundo con penas de prisión. Claro está que si el incumplimiento del contrato fue maquinado por el sujeto activo para obtener un lucro indebido a través del engaño, entonces, la lesión al patrimonio aunado a la energía criminal desplegada para defraudar a la víctima justifica la intervención del Derecho Penal y la imposición de una pena de prisión.

La determinación de las conductas prohibidas en tipos penales y las sanciones a imponer, no sólo obedecen al principio de legalidad *nullum crimen, nulla poena sine lege penale*, sino también constituyen una llamada de atención al ciudadano para que se abstenga de realizar esas conductas consideradas como delitos, con la amenaza de que en caso de adecuarse a dicha descripción legal será sancionado con la privación de su libertad, a esto se le conoce como principio de prevención general negativa.

Es importante resaltar que la eficacia de esta prevención no sólo radica en la existencia de leyes penales que describen las conductas prohibidas y establezcan penas, sino también y, en mayor medida, en la aplicación efectiva de esas normas, ello implica la persecución y sanción efectiva de los delitos por los órganos competentes del Estado. En otras palabras, cuando el ciudadano tiene consciencia de que en la sociedad en la que vive «el que la hace la paga» evita cometer delitos por el miedo a llegar a ser perseguido, procesado y sancionado.

Por otra parte, la pena a imponer no sólo obedece al principio de legalidad, es decir, que ésta se encuentre ordenada como consecuencia de una conducta descrita como prohibida en una ley anterior a la realización del hecho, sino también se debe sustentar en el principio de proporcionalidad, el cual implica que la pena a imponer deberá ser

equivalente o proporcional a la lesión del bien jurídico tutelado. Para acudir a un ejemplo de la literatura, en la obra *Los miserables* de Víctor Hugo la pena de cadena perpetua no es proporcional al hecho de robar un mendrugo de pan.

Además, la pena debe obedecer a un fin. En antiguo el fin fue la retribución, cuyo lema «ojo por ojo, diente por diente» quedó plasmado desde el Código de Hammurabi. Hoy, se pretende dar a la pena la finalidad de prevención general negativa y el de prevención especial.

A la prevención general negativa ya me he referido como la disuasión del individuo de no cometer delitos por temor a la imposición de una pena penal. Mientras que la prevención especial tiene como fin evitar la recaída en el delito o reincidencia, al efecto se intenta resocializar al delincuente mediante el trabajo y la educación durante el tiempo de su reclusión en el centro penitenciario. Este proceso de incoincisión implica una nueva oportunidad a quien ha cometido un delito para que, una vez compurgada su pena, pueda reintegrarse a la sociedad y comportarse conforme a las normas en ella vigente.

La orientación política criminal de cada Estado se puede establecer atendiendo a la vigencia formal y real de los principios antes esbozados. Por vigencia formal entiendo la existencia de normas jurídicas en las cuales de forma expresa o implícita se reconocen esos principios y su vigencia real se comprueba con las acciones de los órganos del Estado tendentes a su aplicación efectiva.

Como anticipé al inicio de mi intervención, en un Estado social y democrático de Derecho todos estos principios tienen vigencia formal y real, lo contrario nos coloca frente a un Estado autoritario y entre estos dos extremos están aquellos en vías de ser como los primeros o, por el contrario, como los segundos. Si esto es así, entonces, cabe preguntarse ¿a qué clase de Estado pertenece la política criminal y sistema penal en México? La respuesta la ofrezco a continuación.

2. REFORMA Y ORIENTACIÓN DEL DERECHO PENAL MEXICANO

A continuación haré referencia a algunos datos que nos pueden ilustrar sobre cuál es la orientación del Derecho Penal en México.

La Constitución mexicana de 1917 sustentó el procedimiento penal en dos figuras: el cuerpo del delito y la probable responsabilidad (arts. 16 y 19). Al efecto el Ministerio Público, dependiente del poder ejecutivo, es el órgano encargado de realizar todas las investigaciones necesarias para acreditar dichas figuras y, una vez comprobadas, solicitar al juez la orden de aprehensión del presunto responsable de la comisión de un delito. Una vez que el Ministerio

Público aprehende o detiene al sujeto cuenta con 48 horas para consignarlo ante el juez. Este término es el mismo en aquellos casos en los cuales el sujeto fue detenido en flagrancia, es decir, en el momento de cometer el delito. A esta etapa del procedimiento penal se le conoce como Averiguación Previa.

Al recibir el Juez a la persona consignada, radica la causa y contará con un término de 72 horas para determinar la situación jurídica del sujeto, al efecto puede dictar auto de formal prisión, auto de libertad con sujeción a proceso o auto de libertad por falta de elementos para procesar. En los dos primeros casos se abrirá un proceso penal que culminará, en primera instancia, con la sentencia.

Lo hasta aquí desarrollado supone que la privación de la libertad de los gobernados sólo podía proceder por un acto de autoridad debidamente fundado y motivado, según lo dispuesto en los artículos 16 y 19 de la Constitución.

No obstante, existían preceptos contradictorios con el espíritu de la Constitución. Así, por ejemplo, en el Código Penal de 1931, hoy todavía vigente con múltiples reformas, se presumía la intención de cometer un delito, salvo prueba en contrario (art. 9 del Código Penal), ello suponía presumir el dolo en la comisión de un delito y se dejaba a cargo del particular el *onus probandi*, es decir el indiciado debía demostrar que su acto había sido sin intención, sea porque lo cometió, por ejemplo, por imprudencia o bajo error. Pero no todas las pruebas eran válidas y el mismo artículo 9 establecía que esa presunción no se destruía aunque el sujeto demostrara, por ejemplo, «I. que no se propuso ofender a determinada persona, si tuvo en general la intención de causar daño... III. Que creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla... IV. Que creía que era legítimo el fin que se propuso... VI. que obró con el consentimiento del ofendido...»

La presunción antes descrita y la inversión de la carga de la prueba en contra del imputado son características del proceso inquisitorial y contrarios al de un Estado de Derecho, por ello era necesario suprimir dicha presunción y de igual forma reestructurar todo el Código Penal para hacerlo acorde a los principios del Estado de Derecho. Con esa orientación se propusieron nuevos proyectos de Código Penal en 1958, 1963, y, el más representativo, en 1980. Aunque este último no pudo convertirse en ley vigente sí fue la base de la reforma de 13 de enero de 1984, con la cual se dejó de presumir el dolo y se reformaron diversos preceptos del Código Penal.

La reforma anterior constituyó un significativo signo de una política criminal orientada hacia consecución de un Estado social y democrático de Derecho en México, tendencia que se confirmó con: la Ley

Federal para prevenir y sancionar la tortura de 27 de diciembre de 1991; la reforma al artículo 20 de la Constitución de 3 de septiembre de 1993 con la cual se dieron las bases de un proceso penal más humanitario.

De igual forma se crearon instituciones como la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la cual se erige como un *ombudsman* o defensor de los derechos del pueblo.

Retomando el procedimiento penal, recordemos que éste se sustentaba en dos figuras procesales: el cuerpo del delito y la probable responsabilidad. Sin embargo, no existían criterios unánimes sobre el contenido de esas figuras y ello creaba inseguridad jurídica sobre cuándo la detención del ciudadano estaba debidamente fundada y motivada. Así el legislador penal mexicano consideró necesario reformar los artículos 16 y 19 de la Constitución y establecer a nivel del Código de Procedimientos Penales cuáles eran los elementos de dichas figuras, aunque para ello sustituyó el término «cuerpo del delito» por el de «elementos del tipo penal». Así, con la reforma de 10 de enero de 1994 el Ministerio Público sólo podía solicitar la orden de aprehensión al juez cuando estuvieran acreditados todos los elementos del tipo penal, a saber: 1) la existencia del acto u omisión y la lesión o puesta en peligro del bien jurídico; 2) la forma de intervención de los sujetos; 3) el dolo o la culpa, y 4) los demás elementos requeridos por el tipo en particular. Además debía acreditar la probable responsabilidad, lo cual significaba constatar la ausencia de alguna causa de justificación o de alguna causa de exclusión de la culpabilidad.

Todos los antecedentes hasta aquí expuestos muestran una política criminal estatal encaminada hacia la consecución de un Estado social y democrático de Derecho. Sin embargo, existen otros datos contrarios a esta aspiración y, la peor noticia, esta tendencia contraria se ha constatado con la reciente reforma a la Constitución de 8 de marzo de 1999, de ello me ocupo a continuación.

Como hemos visto el fin de la pena es la resocialización, ello está dispuesto en el artículo 18 de la Constitución al señalar que el sistema penitenciario se deberá organizar sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Según lo dispuesto en el artículo 25 del Código Penal de 1931 la pena de prisión mínima era de tres días y la máxima de treinta años, después se incrementó a cuarenta años y con la reforma de 3 de enero de 1989 puede ser hasta de cincuenta años y hoy en día existen propuestas para elevarla hasta sesenta años. Se debe tomar en cuenta que en México la mayoría de edad penal se

obtiene a los 18 años, ello significa que a quien le es impuesta la pena máxima, con todo y sustitutivos penales, al cumplir con su condena será propiamente un anciano ¿podrá éste reintegrarse a una sociedad de cuyo núcleo y evolución fue sustraído por tanto tiempo? Si las cárceles en México están sobrepobladas (3) y difícilmente se instruyen programas de capacitación para el trabajo y educación ¿se estará cumpliendo con el principio de prevención especial consagrado en la misma Constitución?

Así, por ejemplo, el secuestro de una persona se sancionaba con una pena máxima de veinte años y actualmente la pena puede ser hasta de cuarenta años de prisión. Dicho incremento de penas desmesurado y frecuente rompe también con el principio de proporcionalidad, pues mientras que el homicidio simple se sanciona con pena hasta de veinte años de prisión, el secuestro duplica la pena. Esto pone de manifiesto, además, una falta de técnica legislativa en la reforma penal, pues no se debe sancionar más severamente la lesión del bien jurídico libertad y con menos la privación de la vida.

El argumento más empleado por el poder Ejecutivo y asumido por el poder Legislativo para el continuo incremento de las penas en nuestras leyes penales es el de la lucha eficaz contra la delincuencia. Desgraciadamente el origen del incremento de la criminalidad en México se debe a: la falta de una policía debidamente capacitada para cumplir con su función de vigilancia y seguridad pública; la deficiente capacitación de los agentes del Ministerio Público para la investigación y persecución de delitos. En efecto, de cada 100 delitos denunciados, sólo se investigan 50 y sólo en ocho se llega a tener un probable responsable, de los cuales sólo tres son condenados al final del proceso. Por ello, aunque la estadística oficial refleja que la comisión de delitos a nivel nacional tiene un incremento anual de 24% desde 1993, en la realidad el número de delitos cometidos diariamente es mucho mayor a los denunciados, pues hoy la población considera como tiempo perdido dicha denuncia.

A todo lo anterior se debe sumar la ausencia de acciones reales para erradicar la corrupción, a lo cual se suma la falta de un programa de remuneración y estímulos decorosos para los servidores públicos que intervienen en la lucha contra la delincuencia ¿cómo esperar que un policía de la calle no se corrompa cuando no se le proporcionan los recursos necesarios para mantener a su familia y ni siquiera para realizar su función?

(3) Así, por ejemplo, a nivel nacional la población carcelaria se ha incrementado de 94 mil internos en 1995 a 130 mil en 1999.

Aunado a lo anterior, una política criminal verdaderamente encaminada a la lucha contra el crimen no sólo se dirige a la efectiva persecución de delincuentes, sino en mayor medida a los medios de prevención como son las campañas de educación de niños y jóvenes y el uso de medios masivos de comunicación para crear consciencia en la población de evitar la comisión de delitos. Empero, todo ello sólo es posible cuando se atiende a las necesidades económicas básicas de la población ¿cómo exigirle a un campesino que siga sembrando maíz cuando las ganancias obtenidas por este producto en muchas ocasiones no le alcanzan ni para comer? Entonces ¿cómo reprocharle el preferir sembrar amapola y no maíz? En un país donde los índices de desempleo son altísimos ¿cómo esperar que todas esas personas desempleadas cuyos accesos al bienestar social están cerrados no opten por cometer delitos como el de robo? Así, «estimaciones recientes elaboradas con base en los datos que arroja la Encuesta Nacional de Hogares, refieren un incremento notable de la pobreza entre 1994 y 1996 de modo que las cifras de pobres extremos, pobres moderados y no pobres habrían pasado de 41, 28 y 31 por 100 de la población, al 55, 23 y 22 por 100, respectivamente (además) en 1998 el Banco Mundial estimó que 40% de la población sobrevive con un ingreso menor a dos dólares diarios, mientras que otro 15% recibe menos de un dólar al día» (4).

Muchos son los discursos políticos en los cuales se reconocen estos problemas, elocuentes las promesas, sin embargo, las acciones emprendidas se reducen a reformar continuamente la ley.

Buen ejemplo de todo lo anterior lo constituye la reciente reforma a los artículos 16 y 19 de la Constitución. Recordemos que después de la reforma de 1993-94 a dichos artículos de la Constitución el Ministerio Público debía acreditar todos los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad para obtener del juez una orden de aprehensión, es decir estaba garantizado al máximo que el acto de autoridad de privar de la libertad a un ciudadano estuviera debidamente fundado y motivado.

Mas, en la práctica diaria, los Ministerios Públicos no podían integrar debidamente dicha averiguación y, en consecuencia, el juez negaba las órdenes de aprehensión. Ante esta situación tanto el poder Ejecutivo como el Legislativo han considerado que la mejor manera de combatir a la criminalidad es reducir la «excesiva» carga probato-

(4) AZAOLA GARRIDO, Elena. «Notas sobre delincuencia de menores y violencia en México» dentro del seminario *Rising Violence and the Criminal Justice Response in Latin America* en la Universidad de Texas, Austin, el 7 de mayo de 1999.

ria que tenía el Ministerio Público durante la averiguación previa. Así, dicho Ministerio Público a partir del 8 de marzo de 1999 sólo deberá demostrar el cuerpo del delito para obtener la orden de aprehensión. Por cuerpo del delito se entienden los elementos objetivos del tipo penal, en otras palabras, aquellos elementos que se perciben a través de los sentidos. Por ejemplo, en un robo el hecho de apoderarse de un objeto mueble es un elemento objetivo, de ahí que el Ministerio Público sólo necesitará demostrar que alguien tiene un objeto mueble en su poder para poder solicitar al juez la orden de aprehensión y estar facultado para detenerlo. Todavía no está claro y, ello deberá ser objeto de otra reforma al Código de Procedimientos Penales, si deberá demostrar además si ese objeto es ajeno y así se establezca, pues sería contrario a toda lógica que el Ministerio Público me pudiera detener argumentando que me he apoderado de un objeto mueble, por el simple hecho de subirme a mi automóvil, arrancarlo y trasladarme a mi centro de trabajo. Es claro que un acto de autoridad como ése sólo podría estar suficientemente motivado cuando el auto era de un tercero, es decir era ajeno.

Lo que sí es seguro es que el Ministerio Público ya no necesitará investigar si al tomar el abrigo del perchero de un restaurante, lo hice creyendo que era mío, aunque se demuestre que en ese lugar estaba efectivamente mi abrigo de características muy similares, pues con acreditar el cuerpo del delito, es decir los elementos objetivos del tipo, podrá obtener del juez la orden de aprehensión.

Lo más grave de todo radica en las mismas estadísticas ofrecidas en el dictamen de las Comisiones de las Cámaras de Senadores para proceder a las referidas reformas de marzo de 1999, pues analizando lo sucedido en 1996 en el Distrito Federal tenemos que de las 23.282 personas consignadas ante el juez para ser sometidas a proceso, el cual tiene una duración mínima de cuatro meses, al final del mismo sólo un 3,8% concluyó con una sentencia condenatoria. Dicho en otras palabras, de cada 23 personas detenidas, consignadas y procesadas sólo una resultó culpable.

Como hemos visto, en un Estado de Derecho toda persona se presume inocente hasta que no se demuestre lo contrario, por tanto, si el Estado fue incapaz de demostrar la culpabilidad de esas personas se deben considerar como inocentes.

La estadística anterior sería suficiente para cuestionar la actuación del Ministerio Público tanto en su labor de investigar la comisión de delitos como en la de detener a los probables responsables. Esos eran los resultados con todo y la existencia de leyes garantistas que a partir de la reforma de 1994 restringían al máximo su facultad para solicitar

y obtener del juez una orden de aprehensión. ¿Qué podremos esperar ahora que con pruebas mínimas podrá solicitar al juez la orden de aprehensión y detener legalmente a cualquier ciudadano?

Lo anterior nos indica que hoy en día, contrario al discurso político de las autoridades mexicanas, la política criminal que guía a la reforma penal en México está dirigida a suplir la deficiente actuación de los órganos del Estado en contra de la delincuencia, mediante la restricción de las garantías de los ciudadanos. Si el Ministerio Público puede privar de la libertad a los ciudadanos probando lo mínimo, si las penas son desproporcionadas en relación con el bien jurídico tutelado, si el fin de dichas penas está alejado de la resocialización del individuo, si la impunidad de los verdaderos delincuentes prevalece y si indiscriminadamente se echa mano del Derecho Penal para resolver problemas que podrían solucionarse a través de medios menos nocivos, entonces la conclusión es que en la antesala del tercer milenio el Estado mexicano se encuentra en la vía rápida hacia un Estado autoritario.