

Sistema penal y transición a la democracia en México: bases para su análisis y tendencias*

ALEJANDRO GONZÁLEZ GÓMEZ

Universidad Michoacana

1. INTRODUCCIÓN

Crisis y transformación del sistema político-social son, posiblemente, las notas más características del pasado reciente –y del propio presente– en México. Tanto la(s) crisis, como el proceso mismo de transformación del sistema han adquirido un alto y preocupante grado de *permanencia* en el contexto nacional.

Por un lado, las crisis, fundamentalmente –pero no tan sólo– económicas, muestran un patrón cíclico o recurrente, generalmente sexenal (1); y, por otro, da la impresión que el proceso de transición a la democracia, por su dilatación y paulatino desarrollo, se ha transformado en una constante más en el escenario político-social mexicano.

(*) El texto de este trabajo se corresponde, básicamente, con el contenido de la conferencia pronunciada el día 28 de octubre de 1998, en el Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y tiene, como antecedente, el proyecto de investigación presentado ante el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (convocatoria 1998), bajo el título *Sistema penal y transición a la democracia en México: análisis, disfunciones y perspectivas*.

(1) A partir de 1994, con el llamado «error de diciembre», este patrón –crisis de fin de sexenio– da un giro de 180 grados, para ahora iniciar con el período sexenal y extenderse –dosificarse– a lo largo del mismo. Sobre aquél y otros eventos, ampliamente, cfr. OPPENHEIMER, A., *México: en la frontera del caos*, Vergara editor, México, 1996, *passim*.

A estas dos características, digamos básicas, habría que añadir otra que –sin ser del todo nueva, ni tampoco totalmente desvinculada de las anteriores– recientemente ocupa el primer lugar del *rating* de la cotidianidad en México: la crisis de la (in)seguridad pública.

Esta particular crisis, se afirma (2), ha rebasado totalmente los marcos legales y se ha convertido en un asunto dotado de implicaciones económicas, políticas, sociales y culturales y presenta, como manifestación más palmaria, un considerable incremento, tanto de la delincuencia, como del sentimiento de inseguridad (3).

Para atajar la crisis de inseguridad se han conformado programas, sistemas y planes nacionales de seguridad (4) que, hasta la fecha, se han mostrado ineficaces. La última estrategia, tan sólo estructurada el pasado mes de agosto, ha desembocado en una convocatoria formulada por el propio presidente de la República para iniciar una «verdadera Cruzada Nacional contra el Crimen y la Delincuencia» (5).

Dentro de estos planes y programas suele contemplarse, como estrategia prioritaria para la reducción de los índices delictivos, la revisión o actualización del marco normativo penal. En realidad, estas modificaciones –reformas– se han realizado a tal ritmo –algunas frecuentemente– que no en pocas ocasiones se anticipan o sobrepasan a un concreto plan (6).

De este, verdadero frenesí, legislativo no escapa ni la propia Constitución: de 1993 a la fecha, se han consumado tres reformas constitu-

(2) En este sentido, vid. «Editorial» en *Criminalia*, año LXIV, núm. 1 (enero-abril 1998), p. IX.

(3) A este binomino, habría que aumentar, para completar el panorama otro igualmente significativo y característico: corrupción e impunidad.

(4) Así, por ejemplo, Ley que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública (1995), Programa Nacional de Seguridad Pública 1995-2000 y el –reciente– Plan Nacional de Seguridad (agosto de 1998).

(5) Al presentar el Plan Nacional de Seguridad y convocar a la Cruzada Nacional contra el Crimen y la Delincuencia, el presidente Zedillo reconoció que el estado de inseguridad pública es el resultado de la ineficacia y corrupción de los cuerpos policíacos. Este plan, que cuenta con mas de cien acciones, se estructura en ocho ejes estratégicos: 1) reestructuración y aumento de las policías; 2) capacitación y combate a la corrupción; 3) aumento de personal en la procuración de justicia; 4) mejoramientos de salarios; 5) *revisión del marco legal y de las penalidades para diversos delitos*; 6) construcción de más reclusorios y perfeccionamiento de los sistemas de readaptación y 8) establecimiento del servicio civil de carrera y atención a demandas ciudadanas de seguridad. Cfr., sobre ambos aspectos, «Convocó el Ejecutivo a iniciar la cruzada para abatir la delincuencia», en *La Jornada* de 27 de agosto de 1998.

(6) Bien puede considerarse como ejemplo de lo señalado en el texto, en ambos extremos, las iniciativas presidenciales de reformas –constitucional y a normas secundarias– de fecha 9 de enero de 1997.

cionales en materia penal –sustantiva y adjetiva (7)– y otra más se encuentra en trámite (8).

Antes de continuar y, ya que hemos hecho referencia a la Constitución mexicana, es necesario tener en cuenta una ulterior característica de la realidad política mexicana: la inestabilidad constitucional. Desde su promulgación, en 1917, la norma constitucional mexicana –formalmente rígida– ha sufrido poco menos de seiscientas reformas y adiciones. Este dato, que en sí mismo presupone –por su elevadísimo número– la poca eficacia de las reformas, se torna francamente preocupante si tomamos en cuenta que más de la mitad de éstas, se han realizado en los últimos 25 años (9).

Las reformas constitucionales, en términos generales, o bien han sido promovidas para «dar respuesta» a necesidades políticas coyunturales o, peor aún, para incorporar –elevar– a rango constitucional un determinado proyecto de gobierno (10).

Teniendo como telón de fondo o puntos de referencia las anteriores características, que bien pueden ser agrupadas en sendos binomios: *a*) crisis –económica– y transformación del sistema político-social y *b*) crisis de (in) seguridad pública e inestabilidad normativa, podemos pasar al objeto de exposición.

2. SISTEMA PENAL Y TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA EN MÉXICO

Es ampliamente reconocido que la estructura, no sólo del Derecho penal, sino de todo el sistema penal está directamente condicionada por la propia del sistema político-social.

(7) Publicadas, respectivamente, en Diario Oficial de la Federación (DOF) de fechas 3 de septiembre de 1993; 31 de diciembre de 1944 y 3 de junio de 1996.

(8) Vid. Iniciativa presidencial de reforma a los artículos 16, 19, 20, 22 y 123 constitucionales de fecha 9 de diciembre de 1997, en *ABZ. Información y análisis jurídicos*, núm. 61 (1 de enero de 1998), pp. 11 ss.

(9) Al respecto, entre otros, cfr. CARBONELL, M., *Constitución, reforma constitucional y fuentes del Derecho en México*, IJ-UNAM, México, 1998, p. 118. Una detallada relación de las reformas constitucionales, por artículos y períodos constitucionales, puede consultarse en los números correspondientes a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en *Cuadernos de Derecho. Compilación. Compilación y actualización legislativa* (ABZ editores, Morelia).

(10) Esta inestabilidad ha contribuido, significativamente, al menoscabo de la fuerza normativa de la propia Constitución (Carbonell, *Op. cit.* p. 119).

Así, por ejemplo, el Estado liberal clásico –al tiempo que replanteaba la legitimidad y límites del poder público– concibió un sistema penal que gravitaba, esencialmente, en torno a la defensa de las garantías de los eventuales delincuentes (11).

La creciente participación del Estado en la vida social, dejando atrás la función de mero guardián del orden jurídico, dará origen al Estado intervencionista, al *Welfare State*. En el Estado social la potestad punitiva se orientará, mas que a la salvaguarda de las garantías de los ciudadanos, a la prevención del delito (12).

La conformación, tras la segunda guerra mundial, de un modelo de Estado que aspira conjugar en una síntesis –mediante la introducción de la democracia como tercer elemento catalizador y al mismo tiempo (de)limitador– las concepciones liberal y social, ha supuesto –nuevamente– un replantamiento de los fines, funciones y límites que a la potestad punitiva le corresponde en nuestros días.

En un tal contexto, y desde distintas perspectivas (13), se ha puesto de relieve la necesidad de configurar –en y desde la propia

(11) Al respecto, entre otros, cfr. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1976, pp. 119 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., *Sobre el concepto de Derecho penal*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho UCM, Madrid, 1984, pp. 313 y ss; FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. Ibañez Preciado y otros. Trotta, Madrid, 1995, pp. 253 ss.

(12) Vid. MIR PUIG, S., *Función de la penal y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ed., Bosch, Barcelona, 1982, p. 12. Ampliamente sobre el positivismo como reacción al Derecho penal clásico, cfr. ZAFFARONI, R., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Cárdenas Editor, Tijuana, 1988, t. II, pp. 187 ss.

(13) Así, por ejemplo, CALLIESS y ROXIN en Alemania (*Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt, 1974 y «Sentido y límites de la pena estatal» en *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. Luzón Peña, Reus, Madrid, 1976, pp. 11-36,) FIANDACA/MUSCO en Italia (*Diritto penale. Parte generale*, 3ed., Zanichelli, 21 ss.) MIR PUIG en España (*Función de la ... y El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, *passim*). En México, básicamente, MORENO HERNÁNDEZ, «Hacia una reforma integral de la legislación penal y sus principios rectores», en *Criminalia*, año LIX (enero-abril 1993), núm. 1, pp. 58-62; GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, *La teoría del bien jurídico en Derecho penal*, Pereznieto, México, 1995, pp. 103-112; DE LA BARREDA SOLÓRZANO, «La democratización del Derecho penal», en *Justicia penal y Derechos humanos*, 2ed., Porrúa, México, 1998, pp. 107-115; MALO CAMACHO, *Derecho penal mexicano*, Porrúa, 1998, México, pp. 81 ss. También, cfr. RICO, J. M., *Justicia penal y transición democrática en América Latina*, Siglo XXI, México, 1997, pp. 19-23. También cfr. mi trabajo «Aproximación a la teoría de la imputación objetiva del resultado. Al mismo tiempo, bases mínimas para su (re)construcción en el Derecho penal mexicano» (*ABZ. Información y análisis jurídicos*, núm. 48 [16 de junio de 1997], pp. 7 ss.), en el que plantea, básicamente, la idea que constituye el hilo conductor de este trabajo: «Empero, para este estudio –y cualquier otro de la materia que se emprenda en México– considero impostergable la reinterpretación, en sede Constitucional, de los

constitución— una serie de límites que circunscriban la facultad punitiva del Estado. Lo anterior, a diferencia del añejo reclamo de correspondencia —como único límite— entre el Derecho penal subjetivo y objetivo, procura configurar una serie de límites al contenido de la potestad punitiva (14).

De igual forma, se reconoce (15) que el sistema penal puede ser —también— capaz de afectar, bien directa o indirectamente, los procesos de transformación desarrollados *ad intra* del sistema político-social.

Si lo anterior se acepta, dicho de otra forma, quiere decir que entre un sistema político-social determinado y su (sub) sistema penal existe no sólo una correlación, sino una influencia recíproca. Tal correlación o influencia recíproca se manifiesta —con especial intensidad y en sentidos no siempre convergentes— en los procesos de transformación que implican o suponen un cambio *sustancial* en el sistema político-social.

Como ya se ha adelantado, una de las notas características de la realidad mexicana lo es, precisamente, el proceso de transformación del sistema político-social. Proceso que, a su vez, se caracteriza por la paulatina liberación política del régimen y su progresiva democratización (16). Esto es, en suma y en pocas palabras, transición a la democracia.

Si bien, hoy en día se acepta —ampliamente— que la transición a la democracia no es proceso lineal, ni tampoco uniforme (17), conviene tener presente las siguientes cuestiones:

- El Estado mexicano, al menos formalmente, está constituido como una república representativa y democrática (art. 39 constitucional)
- Sobre la base de un presidencialismo —legalmente— avasallador y de la mano de un partido político absolutamente hegemónico

finés, funciones y límites que al Derecho penal se le asignan en un Estado democrático»

(14) Los referidos límites —como es sabido— suelen enunciarse en una serie de principios, tales como los de legalidad, prohibición de analogía, *ultima ratio*, exclusiva protección de bienes jurídicos, etc. Sobre éstos y otros —además de los autores ya citados— vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 179 ss.

(15) Vid. RICO, J. M., *Justicia penal y transición a la democracia en América Latina*, Siglo XXI, México, 1997, p. 35.

(16) Cfr., en este sentido, RICO, J. M., *Justicia penal y ...*, p. 38.

(17) RICO, J. M., *Op. cit. loc. cit.*

—durante mas de 60 años— prácticamente, de Estado, se configuró en México un verdadero sistema autocrático (18).

- Este sistema vertical y monolítico, en los últimos años (19) ha venido —a cuenta gotas— liberalizándose y progresivamente democratizándose.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores y como soporte o punto de arranque, el reconocimiento de la correlación e influencia recíproca entre sistema político-social y sistema penal, el siguiente y lógico paso sería formular dos preguntas básicas: a) ¿cuál ha sido el impacto del proceso de transición a la democracia en el sistema penal mexicano?, y b) ¿cuál ha sido el contenido y alcance de la interacción entre los cambios socio-políticos y la reforma al sistema penal?

Las respuestas a estas interrogantes, como es de suponer, distan mucho de ser tarea fácil. Esto es así, no sólo por ausencia casi total de escritos que aborden —en su conjunto— el alcance y contenido de tal interacción (20), sino fundamentalmente por las muy peculiares características, tanto del sistema político-social mexicano, como del proceso mismo de transición. En estas condiciones, resulta mas que conveniente reflexionar, en primer término, sobre qué bases habrá de efectuarse dicho análisis.

Un tal análisis, en mi concepto, debe articularle sobre la base de la (re) interpretación, en y desde la Constitución, de los límites y funciones que a la de potestad punitiva, al *ius puniendi*, le corresponden en la forma organización político-social hacia la que transita(mos). Esto es, en un Estado, ya no sólo formalmente, sino *sustancialmente* democrático.

(18) Sobre las connotaciones y características jurídicas del presidencialismo mexicano, cfr. CARBONELL, M., *Constitución, reforma constitucional y ...*, pp. 106–106; en clave histórica-política, vid. KRAUZE, E., *La presidencia imperial. Ascenso y caída del sistema político mexicano (1940-1996)*, Tusquets editores, 2ed., México, 199, *passim*.

(19) No resulta fácil, entre otras cosas por su propia extensión, precisar con exactitud el inicio del proceso de transición. Al respecto, suelen señalarse diferentes acontecimientos, tales como el movimiento estudiantil de 1968, la cuestionada —y ciertamente fraudulenta— elección presidencial de 1988, el inicio —a principios— de los noventa de la alternancia en las gubernaturas estatales o la reciente elección de 1996 que, entre otras, cosas supuso por primera vez la pérdida del control, por parte del partido oficial, del Congreso federal.

(20) Esta situación, no sólo privativa en México, contrasta con la abundante bibliografía que sobre otros aspectos de los procesos de transición democrática suele existir. Al respecto, vid. RICO, *Op. cit.*, p. 35, nota 4.

Una (re) interpretación, en clave constitucional, de los fines y funciones que a la potestad punitiva le corresponden en el Estado democrático de Derecho, se justifica –básicamente– por las siguientes consideraciones:

a) Por la –histórica– ausencia de un programa penal de la Constitución de 1917.

b) Por la necesidad de contar con indicadores que, de *lege lata* y *lege ferenda*, puedan contribuir a medir el impacto y grado de interacción entre el proceso de transición a la democracia y el sistema penal. Estos indicadores no son otros, que los propios principios rectores y (de)limitadores de la potestad punitiva en un Estado democrático de Derecho (21).

Tanto el enfoque propuesto, como el primero de los puntos, sí que requieren de una ulterior explicación. En cambio, el segundo de éstos, sólo precisa –aquí en España– de una breve referencia.

El presupuesto inicial, con proyección sobre las subsecuentes bases para el análisis, lo constituye la reconsideración de la Constitución como una *norma plena*, en la que converjan lo formal y lo real y vida efectivamente por los destinatarios y detentadores del poder (22).

En realidad, tampoco habría que insistir en este concepto hoy aquí, especialmente cuando se tiene a la mano el artículo 9.2 de la Constitución española de 1978. Sin embargo, es necesario tener presente la poca, en ocasiones reducidísima, eficacia normativa que ha tenido la norma fundamental mexicana debido, tanto a factores internos, como externos.

Con relación a los segundos, ya se ha señalado que la «ductilidad» –derivada de la propia configuración del sistema político-social– la Constitución de 1917 ha mermado, significativamente, su eficacia normativa. Esta situación fáctica ha sido, en cierta forma, apuntalada por la configuración de corte liberal individualista que campea –junto a los postulados sociales de la Revolución (23)– en buena parte de

(21) Estos principios, junto con otros indicadores, como el mayor o menor grado de respeto a los Derechos Humanos consignados en documentos internacionales bien pueden contribuir no sólo a los fines indicados, sino para medir el «grado de salud» de la propia democracia. Al respecto, cfr. ZAFFARONI, R. E., «Los Derechos Humanos y Sistemas Penales en América Latina. Informe Final», en *Revista de Justicia*, vol. 2, núm. 2 (abril-junio de 1986), *passim* y RICO, J. M., *Op. cit.*, p. 37, nota 6.

(22) Cfr. CÁRDENAS GRACIA, J. «Posibilidades para una nueva Constitución» en *Aequitas*, núm. 2 (julio 1998), pp. 6.

(23) Estas características sitúan, según Fix-Zamudio, a la Constitución de 1917 como de transición entre los textos de corte liberal individualista clásico y las consti-

ella. De acuerdo con esta tradición –tan sólo– se consideraba los derechos fundamentales como integrantes de un catálogo de acciones –de buenas intenciones– políticas a desarrollarse con posterioridad (24).

Como es sabido, la existencia de una Constitución normativa depende, tanto de factores jurídicos, como extrajurídicos. No es posible, en este momento, hacer un análisis detallado de los mismos (25), pero sí quiero evocar dos de ellos y traer a colación –a título ejemplificativo– una reciente declaración del presidente de México, que puede darnos una idea de las pocas posibilidades que, todavía, tiene la Constitución mexicana de considerarse –de convertirse en– una norma plena: entre otras, una tal Constitución requiere de una visión de validez formal y material, así como una fuerte lealtad de ciudadano y, principalmente, de las autoridades.

Como consecuencia de la desarticulación de una banda de secuestradores –ciertamente peligrosa, pero que también durante años operó impunemente– la búsqueda y captura del jefe de la misma, se convirtió en una prioridad nacional. En plena persecución, el presidente de la República, públicamente, declaró refiriéndose a éstos que «a esas ratas inmundas, los vamos a llevar a que se pudran en la cárcel» (26).

Esta declaración no sólo es desafortunada o –si se quiere– «políticamente incorrecta», sino contraria *formal y materialmente* a –cuando menos– dos preceptos constitucionales, el 19 y 22. El primero, al igual que lo hace el 25 de la norma fundamental española, establece la orientación del sistema penitenciario hacia la resocialización; mientras que el segundo prohíbe las penas inhumanas (27).

Por otra parte y, como consecuencia –digamos– natural del anterior presupuesto, el análisis normativo constitucional habrá que realizarse contextualizado y estrechamente vinculado con la realidad político-social. Esto que, también, parece una verdad de perogrullo requiere de una explicación adicional.

Como consecuencia del propio carácter autoritario y vertical del régimen político, la doctrina constitucional mexicana –tradicional– ha realizado sus estudios de manera aséptica y desvinculada de la realidad político-social; esto es, independientemente de que sus disposi-

tuciones de la posguerra que ha implantado el Estado democrático social de derecho (cit. por Carbonell en *Op. cit.*, p. 192, nota 637.)

(24) Vid., al respecto, CARBONELL, M., *constitución, reforma constitucional y ...*, p. 191.

(25) Sobre los mismos, vid., CÁRDENAS GRACIA, J., *Op. cit.*, p. 6.

(26) Cuernavaca, Morelos 28 de mayo de 1998.

(27) También contraviene una de las principales y, cronológicamente, primaria obligación del ejecutivo federal: «guardar y hacer guardar la Constitución» –art. 87–.

ciones se cumplan o no. Afortunadamente, recientemente se ha puesto en entredicho, no sólo las pretensiones de «pensamiento único» (28) que subyacen –y persisten– en una tal postura, sino subrayado la escasa o nula viabilidad de propuestas normativas así formuladas, descontextualizadas de la realidad (29).

Por su parte, la ausencia de un programa penal *propio* de Constitución de 1917 puede –inicialmente– explicarse debido a que, ni el Código penal Federal de 1929 –de corta vida– ni su sucesor de 1931, aún vigente, recogieron los postulados filosóficos y políticos que se desprenden de dicho texto constitucional. Por el contrario, el Código Penal Federal de 1931 se configuró, prioritariamente y en sus aspectos fundamentales, sobre la base de la todavía en voga «escuela positivista» italiana (30).

A la postre, este modelo, sustancialmente incompatible con los postulados de la Constitución de 1917 –y *ab initio* de carácter transitorio (31)– se mostró, fácticamente, funcional con el desarrollo de un régimen de carácter autoritario y se consolidó junto con éste. En tales condiciones, resulta fácil comprender que los postulados básicos del Código penal de 1931 hayan permanecido, prácticamente, inalterados hasta la reforma penal de 1984 (32).

A partir de esta reforma, como más adelante veremos, se puede ya apreciar la interacción entre el sistema penal y el proceso de transformación del sistema político-social.

En estas condiciones, una primera –y ya impostergable– tarea consiste, precisamente, en subsanar este histórico déficit, mediante la (re) configuración del programa penal de la Constitución (33).

(28) CARBONELL, M., *Op. cit.*, p. 10.

(29) Cfr. CÁRDENAS GRACIA, J., *Transición política y reforma constitucional*, IJ-UNAM, México, 1996.

(30) Vid, en este sentido, ZAFFARONI, E. R., «La ideología de la legislación penal mexicana», en *Revista Mexicana de Justicia*, núm. 85 (abril-junio 1985), p. 66 y MORENO HERNÁNDEZ, M., «Análisis de la iniciativa de reformas constitucionales en materia penal (artículos 16 y 19)», en *Criminalia*, año LXIV, núm. 1 (enero-abril 1998), p. 88.

(31) Vid. en ZAFFARONI (La ideología de ..., p. 68) las consideraciones en este sentido de la exposición de Teja Zabre.

(32) También resulta comprensible –más no justificable– que la doctrina penal tradicional mexicana haya prescindido de las directrices político-criminales contenidas en la Constitución de 1917.

(33) Entendiendo por programa penal –con ARROYO ZAPATERO– el conjunto de postulados político-criminales en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones y en el que el Juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponde aplicar («Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 1 [1987], p.101).

La estructuración de este programa, de acuerdo con lo ya señalado, habrá que partir –como presupuesto– de una reconsideración de la Constitución como norma plena. De aquí, se desprende, necesariamente, una doble línea de acción: a) revalorización del Estado de Derecho y b) redefinir cuáles son, en un Estado democrático de Derecho, los fines y límites del *ius puniendi*.

Veamos, por partes, la importancia que los puntos anteriores tienen para el ulterior análisis del impacto e interacción entre la transición a la democracia y el sistema penal. Como es fácil de suponer, la mayoría los principios que, contemporáneamente, se reconocen como rectores y (de)limitadores de la potestad punitiva tienen pleno reconocimiento *formal* o son reconducibles directamente a uno o varios preceptos de la Constitución mexicana.

Así, por ejemplo, el principio de legalidad *nullum crimen, nulla poena sine lege* y las garantías que de él se desprende –penal, jurisdiccional y de ejecución– se plasman, respectivamente, en los artículos 14-III, 21 y 18 constitucionales. Otro tanto sucede con las consecuencias de aquél derivadas: prohibición de retroactividad (art. 14-I), de analogía (art. 14-III) y principio de certeza de los tipos penales (arts. 14–III, en relación con el 16-II y 19).

De igual forma, por ejemplo, otros principios, como el de humanidad de las penas, el de resocialización y *non bis in idem* se recogen expresamente (arts. 19, 22 y 23); y, por su parte, las garantías procesal penales se plasman en el extenso y rico en contenido artículo 20.

Mayor dificultad se presenta para reconducir, directamente, al texto constitucional, principios como el de intervención mínima y el de exclusiva protección de bienes jurídicos.

Otros, no menos importantes, tales como el principio de culpabilidad y el de proporcionalidad, ya encuentran –como más adelante veremos– pleno reconocimiento en la legislación secundaria (34)

No basta, empero, con el mero reconocimiento formal de tales principios, sino que es necesario una –verdadera– orientación y funcionalización de todo el ejercicio del *ius puniendi* para su efectiva materialización.

(34) Cfr., básicamente, el artículo 52 del Código penal Federal (Cpf). Menos claro queda el reconocimiento de otro importante principio, el de presunción de inocencia, que algunos autores (p. ej. MORENO HERNÁNDEZ, *Op. cit.*, p. 89) pretenden incardinar, tras la eliminación de la presunción de intencionalidad, en el artículo 9 de dicho ordenamiento.

3. TENDENCIAS

Habiendo contextualizado y sentado los lineamientos básicos para el análisis del impacto y grado de interacción entre la transformación del sistema político social y el sistema penal, corresponde –ahora– acercarnos al proceso mismo. Ya hemos adelantado que, para tal efecto, bien puede tomarse como punto de arranque la reforma penal de 1984.

Según veremos este proceso de interacción –como la transición misma– no ha sido uniforme. No obstante lo anterior, sí es posible advertir, en principio, una sucesión cronológica progresiva que bien podría ser calificada, de acuerdo con su contenido, como convergente con el proceso de transición y otra que, a partir de 1996, se perfila para transitar en sentido contrario o divergente. Espacio temporalmente la primera abarcaría de 1984 a 1994 y la segunda de 1996 a la fecha.

3.1 Convergencia (1984-1994)

Con la importante reforma de 1983 (35), se iniciará un paulatino desmantelamiento de una serie de preceptos receptados por el Código penal Federal de 1931 que, como se indicó, no sólo no se correspondían con el texto constitucional de 1917, sino que resultan poco o nada compatibles con los principios de un Estado democrático de Derecho.

Así, fue erradicada –de la legislación federal– la llamada «presunción de intencionalidad», prevista en el artículo noveno y que rigió, prácticamente, sin cuestionamiento alguno, por más de cincuenta años. Con ello, se afirma, se dio cabida al principio de presunción de inocencia (36).

Asimismo, en esta ocasión, se modifican sustancialmente los criterios hasta entonces predominantes acerca de la teoría del error, que giraban en torno al *error iuris nocet*. Como consecuencia, se regula –por primera– el error como posible causa de exclusión o atenuación del delito, al tiempo que se sientan las bases para la diferenciación entre error de tipo y error de prohibición. (ex-art. 15-Cpf).

(35) Publicada en DOF de 13 de enero de 1984.

(36) En sentido, MORENO HERNÁNDEZ, *Op. cit.*, p. 89. En todo caso, la irrupción de este importantísimo principio ha sido, ciertamente, tímida y no con la extensión y grado normativo que merece –como lo hace el art. 24,2 de la Constitución española de 1978.

Por último, se introducen –al ámbito federal– como substitutivos de la pena de prisión, el trabajo en favor de la comunidad, el tratamiento en libertad y la semilibertad (art. 27 Cpf).

Poco tiempo después de esta reforma, a finales de 1985 y en la misma tesitura, se excluye del Código penal federal la –arcaica– figura de la retención (ex-art. 65) y deja de considerarse la reincidencia como causa de agravación de la pena (ex-art 78).

En este período, finalmente y por lo que respecta a las modificaciones en la parte general del Código penal federal, en 1994 se llevaron a cabo una serie de reformas y adiciones (37) que, amén de traducirse en mejoras técnicas sensibles, también pueden ser consideradas –por su contenido– como convergentes con el proceso de transición a la democracia.

Así, por ejemplo, los principios de culpabilidad y de proporcionalidad se vieron fortalecidos, al adoptarse como parámetros para la determinación de la pena, tanto en las formas comisivas individuales (arts. 52 y 12) –en sustitución de los criterios de «peligrosidad» y «temebilidad»– como en la adopción de un sistema diferenciado para la autoría y participación (art. 13).

Por su parte, el principio de legalidad se vio, sensiblemente, robustecido con la inclusión de las reglas para la punición de la comisión por omisión (art. 7.º), la precisión del contenido y requisitos de las formas comisivas dolosa y culposa (art. 9.º), así como con la introducción del *numerus clausus* para esta última (art. 60).

Finalmente, se introdujeron al catálogo de excluyentes del delito nuevos supuestos, como el consentimiento del ofendido (art. 15-III), la no exigibilidad de otra conducta (art. 15-IX) y se precisaron, con una mejor técnica, los supuestos del error de tipo y de prohibición (art. 15-VIII).

Dentro del contexto del período que analizamos se dará, también, un proceso de despenalización de algunas conductas. Así, de la mano de los principios de intervención mínima, de acto y de exclusiva protección de bienes jurídicos, abandonarán dicho catálogo punitivo los llamados delitos de golpes y otras violencias físicas simples (ex-arts. 344-347), las injurias (ex-arts. 348-349) (38) y los tipos de vagos y malvivientes (ex-arts. 255 y 256) (39).

El proceso inverso, es decir de incriminación de «nuevas» conductas –amén de poner de manifiesto, en los términos de la exposi-

(37) Publicadas en DOF de 10 de enero.

(38) Ambas, mediante reforma publicada en DOF de 23 de diciembre de 1985.

(39) DOF de 30 de diciembre de 1991.

ción de motivos del Cp español de 1995, la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las recientes necesidades de una sociedad cada vez más compleja— no se manifestará, abiertamente, sino hasta 1996. Concretamente este proceso se traducirá, por una parte, en una neo-incriminación (40) extra muros del Código penal y, por otra, en una re-codificación de figuras hasta entonces contenidas en leyes especiales (41).

Al final de este período se hicieron, ya en sede constitucional, una serie de modificaciones a las garantías o derechos fundamentales que —pese a la controversia y falta de asimilación que han generado— pueden, atendiendo a su contenido, ser incorporadas en las modificaciones convergentes.

Tales reformas (42), para los efectos que aquí interesan, se concretaron a la modificación de los requisitos o exigencias para liberar un orden de aprehensión y para sujetar a proceso —mediante el llamado auto de formal prisión— a una persona. Para tal efecto, en los artículos 16 y 19, se precisó que para la procedencia de tales actos, sería necesario acreditar los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del imputado (43).

También, en esta reforma y en la propia Constitución (art. 20-I) se modificaron sustancialmente los criterios para la procedencia de la libertad bajo caución —hasta entonces regulada por un criterio de la no excedencia de un término medio aritmético (5 años) obtenido de la suma de la pena máxima y mínima del delito imputado— para hacerla procedente, siempre que no se trate de un delito calificado por la ley como grave.

Junto con estas modificaciones y reformas, que he denominado convergentes, en el mismo período es posible advertir otras de signo

(40) Particularmente a través de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (DOF 7 de noviembre de 1996) y configuración del tipo de operaciones con recursos de procedencia ilícita —lavado o blanqueo de capitales— (DOF 13 de mayo de 1996).

(41) Delitos electorales y en materia del Registro Nacional de Ciudadanos (Título 24.º, arts. 400-413 [DOF 22 de noviembre de 1996]); delitos ambientales (Título 25.º, arts. 414-423 [DOF 13 de diciembre de 1996]) y delitos en materia de derechos de autor (Título 26.º, arts. 424-429 [24 de diciembre de 1996]).

(42) Publicadas en DOF de 3 de septiembre de 1993.

(43) En la anterior redacción, con relación a la orden de aprehensión —facultad exclusiva de un juez penal— se requería que el hecho denunciado tuviera señalada una pena corporal y que existieran datos que hicieran probable la responsabilidad del inculcado. Por lo que respecta al llamado auto de formal prisión, los requisitos precisaban la acreditación del llamado «cuerpo del delito» y la «probable responsabilidad».

contrario. Concretamente, el incremento del tope máximo de la pena de prisión hasta 50 años para determinados delitos (44) y mediante la introducción (45), vía la supresión de beneficios a los sentenciados por ciertos delitos, de sentencias de cumplimiento efectivo (art. 85 Cpf, en relación, con el 8.º de la Ley que establece las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados) (46). Estas medidas son, difícilmente, compatibles con los principios de resocialización y de humanidad de las penas.

3.2 1996 ¿punto de quiebra?

No obstante la irrupción de algunas medidas no compatibles con las exigencias de un Derecho penal propio de un Estado democrático de Derecho, el período analizado puede ser –en su conjunto– considerado como convergente con el proceso de transformación del sistema político-social.

Esta tendencia progresiva, a partir de 1996 y como consecuencia de nuevas reformas e innovaciones al marco normativo penal, comenzará a evidenciar una serie de ajustes.

En este año, con la aparición de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, se dará –por primera vez– cabida en el Derecho mexicano a una serie de medidas (47), la mayoría de carácter procesal, que –según se afirma– son necesarias para enfrentar un tipo de delincuencia caracterizada por su alto grado de organización, violencia y presencia transnacional.

La expedición de esta Ley vino, a su vez, precedida de una –otra– reforma constitucional para posibilitar la implementación de algunas de sus medidas, regulándose y sometándose a control jurisdiccional la posibilidad de intervención de las comunicaciones privadas (arts. 16, párrafos noveno y décimo) (48).

En la misma reforma constitucional, se llevo a cabo una –nueva– modificación de los requisitos para la procedencia de la libertad provisional bajo caución. En su última redacción, el artículo 20-I consti-

(44) El tope máximo genérico, ya de por sí elevado, es de 40 años. Los supuestos indicados en el texto, modificados mediante decreto publicado en DOF de 3 de enero de 1989, son homicidio con motivo de una violación (art. 315-bis), homicidio calificado (art. 320) y parricidio (art. 323).

(45) DOF de 28 de diciembre de 1992.

(46) DOF de 28 de diciembre de 1992.

(47) Al respecto, por todos, cfr. SÁNCHEZ TOMÁS, J., «Delincuencia organizada y Estado de Derecho en México», en *ABZ. Información y análisis*, núms. 63, 64 y 65.

(48) Publicada en DOF de 3 de julio de 1996.

tucional, conserva el criterio nugatorio cuando se trate de delitos graves y abre la posibilidad para que, previa petición del Ministerio Público, la misma se niega aun en supuestos de delitos no graves (49).

Si bien estas modificaciones e innovaciones normativas pueden considerarse –dentro del contexto aquí analizado– como un acomodo o ajuste y, por si mismas y en lo general, no susceptibles de estimarse como contrarias o divergentes al proceso de transición a la democracia, es necesario tener en cuenta, para su adecuada ponderación, elementos adicionales.

Tales elementos, no son otros, que el (pen)último (50) «paquete» de medidas anticrimen –como se le conoce en los medios– en el que se contemplan, como parte fundamental, modificaciones adicionales al marco normativo penal.

Las nuevas medidas, consisten –básicamente– en modificaciones a la Constitución, no podrían faltar, y también a la legislación secundaria. Con ellas se busca, en su conjunto y según se desprende la exposición de motivos presidencial (51), hacer más eficiente la actuación de los órganos de procuración de justicia.

Para lograr lo anterior, la nueva iniciativa del ejecutivo –sometida a consideración del Senado a finales del año pasado y aún en trámite legislativo– propone, en suma, la «flexibilización de los requisitos» que establece el artículo 16 constitucional para la obtención una orden de aprehensión (52).

(49) Para negar la libertad provisional en delitos no graves se requiere, de acuerdo con la nueva redacción del artículo 16 constitucional: a) que lo solicite el Ministerio Público; b) que el inculpado haya sido condenado con anterioridad por un delito calificado como grave por la ley o que aquél aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, o bien un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

(50) Aún antes de que concluya la tramitación de estas medidas, el ejecutivo federal ya ha anunciado –en su último informe de gobierno– su intención de remitir al Congreso de la Unión otra iniciativa o proyecto de reformas al marco normativo penal.

(51) Cfr. en «Iniciativa presidencial de reforma a los artículos 16, 19 20, 22 y 123 constitucionales de fecha 9 de diciembre de 1997», en *ABZ. Información y análisis jurídicos*, núm. 61 (1 de enero de 1998), pp. 11 ss.

(52) Este precepto, actualmente, establece que no podrá liberarse una orden de aprehensión por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existen datos que acredite los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado. El texto de la iniciativa propone que la orden de aprehensión proceda –amén de la previa existencia de denuncia o querrela y que el hecho de que se trate esté conminado con pena privativa de libertad– cuando «existan datos que acrediten la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado» (cursivas añadidas).

También se propone una disminución, cuantitativa y cualitativa, de las exigencias para someter una persona a un proceso penal, para dictar lo que conocemos como auto de formal prisión (53) –art. 19.

Antes de continuar, es necesario tener en cuenta que estos mismos preceptos, como ya se ha visto, fueron modificados a finales de 1993 (54) con el objeto de dotar –de acuerdo a la correspondiente exposición de motivos– de mayores garantías y precisión dichos actos.

Además de lo anterior, se propone –también– modificaciones al texto constitucional, ahora en el artículo 20, para posibilitar tanto el llamado juicio penal en rebeldía o en ausencia, así como incorporar en el artículo 22 una «nueva figura jurídica» denominada –eufemísticamente– aplicación de bienes en favor del Estado (55).

Para la legislación penal secundaria, en diversa iniciativa presidencial, también del 9 de diciembre de 1997, se propone continuar la línea restrictiva o limitativa de beneficios o sustitutivos penales (56) abierta en 1992, añadiendo a los supuestos ya existentes, todos los delitos calificados como graves por la Ley (art. 27) (57). La misma disposición excluyente se propone para la libertad preparatoria (art. 87) (58).

(53) En lo sustancial, este artículo establece que ninguna detención ante la autoridad judicial podrá exceder del término de 72 horas, sin que se justifique con auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se imputa al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste. La iniciativa propone que, para dicho acto, bastará que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten «la plena existencia de los elementos objetivos y la probable existencia de los demás elementos del tipo penal de delito que se imputa a dicho indiciado y hagan probable su responsabilidad».

(54) Con esta reforma –según la exposición de motivos de 7 de diciembre de 1997– se «impuso a las autoridades encargadas de la procuración de justicia mayores requisitos para obtener de la autoridad judicial el libramiento de órdenes de aprehensión» y considero –además– «posiciones y teorías de escuelas que han tenido éxito en otras naciones», pero que «hoy queda claro que no correspondían plenamente al desarrollo de Derecho Penal mexicano».

(55) Además de las anteriores modificaciones, se proponen adicionar un párrafo a la fracción III del artículo 123 para establecer que los miembros de las instituciones de seguridad pública e institucionales policiales en general, podrán ser removidos de su cargo si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento de la remoción señalen para permanecer en dicha institución, sin que proceda en ningún caso reinstalación o restitución de la plaza.

(56) Tratamiento en libertad, semiliberación y trabajo en favor de la comunidad.

(57) Empero, los sentenciados por estos delitos podrán beneficiarse de la preliberación si aportan datos suficientes para lograr la aprehensión de sus cómplices, de otros delincuentes o la desarticulación de organizaciones delictiva.

(58) Medidas que, por otra, parte contrastan –chocan– con la realidad de los centros penitenciarios: sobrepoblación que, en no pocas ocasiones, rebasa el 100

También se propone, nuevamente, el endurecimiento de las sanciones privativas de libertad. Esta vez, para los supuestos en que se utilicen incapaces para la comisión de delitos (50 por 100 de incremento) y ampliando el marco legal aplicable para la tentativa punible de delito grave (del mínimo establecido para el delito de que se trate y hasta las tres cuartas partes del delito de que se trate) (59).

Asimismo en el Código Federal de Procedimientos Penales, entre otras modificaciones, se propone incrementar el ya muy dilatado catálogo de delitos graves –art. 194– y se considera, también, como grave la tentativa de los delitos así calificados. De igual forma, se propone una ampliación de hasta 72 horas del concepto de flagrancia (60).

4. RECAPITULACIÓN

Según hemos visto, en 1996, con la aprobación de la Ley Federal contra la delincuencia organizada quedaron perfiladas las bases para el desarrollo de dos tipos de respuestas penales o, si se quiere, de sistemas penales (61): uno diseñado para afrontar –según se afirma– con mayor eficacia el problema de la delincuencia organizada y otro, de carácter ordinario o común.

Las propuestas contenidas en el llamado paquete anticrimen, todavía en trámite legislativo –y ya no delimitado a cierto tipo de delincuencia, sino con pretensiones de validez *erga omnes*– no sólo constituyen una «reforma –constitucionalmente– inquietante» (62),

por 100 de la capacidad instalada. Así, por ejemplo, según datos recientes de las autoridades de reclusorios del Distrito Federal existen actualmente 16.500 internos y en breve se construirán espacios para 3.000 más. Empero, la primera cifra sobrepasa –ya– en un 110 por 100 la capacidad instalada.

(59) Cfr. artículos 57 y 63 de la iniciativa de referencia (*ABZ. Información y análisis jurídicos*, núm. 62 [16 de enero de 1998], pp. 2-4).

(60) La dilatación temporal de la flagrancia, estaría condicionada a que: a) la persona imputada sea señalada como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere participado en la comisión del delito o b) se le encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente la participación en el delito y c) se trate de delito grave.

(61) En este sentido, cfr. GARCÍA RAMÍREZ, S., «Prólogo» a *Derecho penal mexicano. La reforma de 1996* de Díaz de León, Porrúa, México, 1997, p. XI.

(62) Así calificada por GARCÍA RAMÍREZ, S., «Una reforma constitucional inquietante», en *Criminalia*, año LXIV, núm. 1 (enero-abril 1998), pp. 3 ss.

sino la ruptura de un proceso, mas o menos convergente, entre la transformación del sistema político-social mexicano y el desarrollo –la búsqueda– de un sistema penal propio del tipo de Estado al cual aspiramos, final y prontamente, arribar.