

LAS REFORMAS EN MATERIA PENAL. UN ANÁLISIS RETROSPECTIVO

Juan SILVA MEZA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Reformas de 1983-1985.* III. *Reformas de 1989.* IV. *Reformas de 1991.* V. *Reformas de 1993-1994.* VI. *Reforma de 1996.* VII. *Reforma de 1999.* VIII. *Reformas en lo que hace al marco normativo penal del Distrito Federal.* IX. *Proyecto de reformas de 2004.*

I. INTRODUCCIÓN

El crecimiento que en los últimos años ha tenido en nuestro país el fenómeno delincuencial es alarmante, de suerte que no obstante los esfuerzos realizados, el fenómeno parece que aumenta en su intensidad, y los remedios se siguen buscando.

En la actualidad, y ya desde hace un buen tiempo, la problemática relacionada con el derecho penal genera una mayor atención por parte de la sociedad; rara vez los medios de comunicación se ocupan con intensidad de algún problema de índole administrativa o laboral, y es raro escuchar de tópicos relacionados con el derecho civil o mercantil; las cuestiones fiscales, cuando trascienden al gran público, por lo común van acompañadas de una connotación penal vinculada con la existencia de algún delito fiscal.

Existe, asimismo, la percepción generalizada de que en esta materia la corrupción ha permeado algunos niveles de los órganos e instituciones encargados de la procuración y aun de la administración de justicia; ¿razones? muchas y variadas; justas a veces; injustas en ocasiones.

Lo anterior impacta en la sociedad, pues es en ésta, ante ésta y contra ésta que se llevan a cabo las conductas delictivas; en otras palabras: es preci-

* Suprema Corte de Justicia de la Nación.

samente la sociedad, los gobernados, la gente común y corriente, la que sufre las consecuencias de dicho fenómeno.

No es posible desvincular al derecho penal de su carácter eminentemente social. Carácter social tanto en el plano colectivo como en el individual, puesto que el hombre, animal social, tiene como una de sus necesidades básicas el estar cierto de su seguridad personal y la de sus bienes en general, y la característica social de nuestra disciplina se refleja precisamente en el ámbito de la administración de justicia, que es la lente con la que los gobernados miran el quehacer estatal respecto de esta materia.

La delincuencia ha crecido en cantidad y calidad. El crecimiento no sólo se da en la medida del número de partícipes en el fenómeno delictivo, sino también en la sofisticación de sus métodos de acción. El aumento de los índices se debe a múltiples factores, al desempleo o subempleo derivado de los cílicos periodos de crisis y austeridad económicas que conlleva la aplicación casi fundamentalista del modelo económico, al crecimiento de la población, a las pocas oportunidades, a la ignorancia, a la impunidad, etcétera; factores todos que han sido el caldo de cultivo para el surgimiento de un sentimiento social de que se vive en una profunda inseguridad.

Ante esto, es evidente que el Estado no puede permanecer, ni ha permanecido, como un mero espectador, pues ha tomado medidas en busca de un sano equilibrio entre la prevención y la represión del hecho delictuoso.

La respuesta estatal al fenómeno delictivo también ha consistido en la modificación del marco normativo penal, abarcando tanto la parte sustancial general y especial como las cuestiones procesales, e incluso el segmento ejecutivo de las sanciones, poniendo gran énfasis en la administración de justicia, debiendo aceptarse que en ocasiones en el discurso se confunde a la administración con la procuración de justicia, e incluso con la ejecución de penas.

Tales modificaciones normativas, reformas y adiciones se han presentado con mayor frecuencia, prácticamente en la última veintena de años, etapa a la que me voy a referir para el efecto de que, describiendo su evolución, nos expliquemos el porqué de la reforma que hoy nos ocupa y nos preocupa.

II. REFORMAS DE 1983-1985

Entre diciembre de 1983 y febrero de 1985 se operaron diversas reformas a nuestros ordenamientos penales, cuya base la constituyó el proyecto

de Código Penal que, con el respaldo de una Consulta Nacional sobre Administración de Justicia y Seguridad Pública, fue elaborado en el Instituto Nacional de Ciencias Penales. Tuvo una orientación político-criminal fundada en la democracia liberal, que reconoce a la persona en su dimensión individual y social, sustentada en la Constitución.

Dichas reformas incorporaron cambios en los siguientes temas: concurso aparente de normas, concepto del delito y sus diferentes formas de aparición, delito continuado, tentativa, concurso de personas responsables del delito, comunicabilidad de las circunstancias objetivas y subjetivas; penas y medidas sustitutivas: tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo a favor de la comunidad; multa y reparación del daño, decomiso, apercibimiento, suspensión de derechos, reglas para la aplicación de las penas, concepto del dolo, error, excluyentes del delito o de la responsabilidad penal, prescripción, extinción de la responsabilidad penal, sustitutivos penales.

En el libro segundo, si bien no podía ser incorporada la reorientación sistemática que ofreció el proyecto de ley penal que fue su fuente, si se planteó, sin embargo, un importante proceso de tipificación y destipificación, entre otros aspectos, en relación con los delitos contra la salud; el establecimiento del requisito de la querella para perseguir los delitos patrimoniales; encubrimiento, responsabilidad profesional, delitos contra la administración de justicia y delitos cometidos por los servidores públicos, armas prohibidas, corrupción de menores, violación, lesiones, secuestro y robo de infante, robo calificado.

III. REFORMAS DE 1989

Posteriormente, en 1989, se incorporó una reforma, que tal vez no fue congruente con la orientación que se cometa. Por virtud de ella, se incrementó el máximo de la pena de prisión a cincuenta años, agravando la preexistente de cuarenta años, cuando precisamente se había discutido y cuestionado tal exceso, considerando los nocivos efectos de la prisión excesivamente prolongada, los fenómenos de prisionización y depersonalización, considerados contrarios a la protección de los derechos humanos, naturalmente contrarios a los principios de la pena; prevención especial y prevención general positiva. Vale observar, que esta reforma se presenta cuando el país transita por un periodo de rigidización punitiva, motivada por la proliferación de cierta forma de delincuencia considerada muy gra-

ve, como la delincuencia organizada internacional del narcotráfico, así como el incremento de delitos comunes calificados que se estimaron como expresión de violencia urbana.

IV. REFORMAS DE 1991

En 1991 se practicaron reformas conforme a una política orientada a la despenalización, destipificación y desjudicialización, a través de dos vías: el sistema de penas alternativas y el sistema de penas sustitutivas.

Se dio un nuevo alcance y contenido a las penas sustitutivas en general. Así, fueron sujetas a penas alternativas las conductas siguientes: portación, fabricación, importación, acopio y venta de armas; la no transmisión o entrega de mensajes telegráficos, telefónicos o de estaciones inalámbricas; el rehusar sin causa la prestación de un servicio de interés público; la negativa a rendir protesta de ley o declaración en juicio; la oposición colectiva a la ejecución de una obra o trabajo público; los ultrajes a instituciones públicas; el ejercicio indebido del propio derecho; la falsificación de documentos públicos o privados; el ocultamiento de nombre, domicilio o atribución de título; la falsedad de testigos y peritos; la bigamia; la violación a las leyes sobre inhumaciones; el abandono injustificado de hijos y cónyuge; la elusión de las obligaciones alimentarias, colocándose en estado de insolvencia; el abandono de atropellado; el apoderamiento de cosa ajena sin ánimo de apropiación y el fraude con valor inferior a diez veces el salario mínimo. La reforma de 1991 planteó una clara orientación hacia la disminución de las penas de prisión de corta duración, revelador del interés social de que preferentemente ingresaran a prisión aquellos que hubieren cometido delitos estimados de mayor gravedad. Dentro del proceso de destipificación se derogaron diversos artículos, eliminando tipos que describían conductas consideradas como delictivas, y que hoy, conforme a la valoración jurídica actual de la realidad, tampoco lo son. En este sentido, fueron derogados, entre otros, los siguientes delitos: vagancia, malvivencia y mendicidad, ataques a las vías de comunicación, por violación a reglamentos de tránsito, disparo de arma de fuego. Con la misma orientación político-crílminal se produjeron otros cambios, que operaron en la vía de la desjudicialización. En este sentido, la reforma amplió considerablemente el requisito de procebilidad de la querella para la persecución de varios delitos, dando pie al arreglo o composición. Así sucedió con los

delitos de amenazas, lesiones, delito de abandono de persona atropellada y violación de correspondencia. Asimismo, se amplió la exigencia de la querella en los delitos patrimoniales, precisándose como excepción solamente los casos de la extorsión y el despojo.

V. REFORMAS DE 1993-1994

La reforma constitucional de 1993 fue apresurada, pues, como hemos oído, de un *plumazo* se adaptaron a nuestro orden jurídico instituciones que se antojaban ajenas a nuestra tradición jurídica; tal vez sin la debida preparación y, sobre todo, sin el debido aquilatamiento de lo que ello implicaría.

La parte más controvertida de la reforma, recordamos, fue la incursión del concepto elementos del tipo en lugar del tradicional de cuerpo del delito.

En 1994, y en congruencia con la reforma constitucional del año anterior, se opera una consecutiva en la legislación secundaria mexicana, que podemos calificar de impresionante, vinculada con temas penales.

Mediante ella se definió en los códigos de procedimientos penales lo que debía entenderse por elementos del tipo.

Esta reforma penal dio como resultado que, en apariencia, o así fue el argumento, se dificultara técnicamente la actividad ministerial, y con ello se incrementara la carga de trabajo para la representación social, además de que en cierto modo se propiciara impunidad, por la desinterpretación del alcance de los conceptos, por algunos órganos jurisdiccionales, de todos los niveles.

Es importante destacar que en 1994 se operó, también, la trascendente reforma constitucional en materia de administración de justicia, que trajo como resultado la reestructuración del Poder Judicial Federal.

VI. REFORMA DE 1996

“Desesperación”, lo hemos dicho en otras ocasiones, es la palabra con la que puede calificarse la reforma de 1996. El fenómeno delincuencial cobró tales proporciones que se hizo necesario adoptar medidas, que algunos calificaron de extremas, y que implicaban prácticamente una legislación especial en la materia, para lo cual fue menester una reforma constitucional,

pues se planteaba la posibilidad de establecer de hecho un auténtico derecho penal paralelo, un verdadero sistema penal excepcional.

La reforma no surgió como una política preventiva general, sino como respuesta a un problema que provocó años de incapacidad, ignorancia, mala fe, corrupción e incapacidad. Nadie puede negar que se tratara de un derecho penal de excepción.

VII. REFORMA DE 1999

La reforma de 1999 puede decirse que implicó un reencuentro con las ideas tradicionales, a la vez que un inicio de racionalidad en cuanto a la dureza legislativa anterior.

Dado el cúmulo de trabajo y complicación técnica que se argumentó para desacreditar la reforma de 1993-1994, se planteó la necesidad de regresar al concepto de *cuerpo del delito*, por lo que se implementó una reforma, que algunos han llamado contrarreforma, en materia penal, modificando primero la Constitución y posteriormente el Código de Procedimientos Penales.

A nivel de norma fundamental se reformaron los artículos 16 y 19 para establecer que debe acreditarse el cuerpo del delito para librar una orden de aprehensión (artículo 16) o para dictar una formal prisión (artículo 19).

El artículo 19 constitucional se modificó para hacerlo congruente con el 16, estableciéndose que el cuerpo del delito es el primer requisito a colmar para dictar un auto de formal prisión.

Aprobada la modificación a la Constitución, se llevó a cabo la reforma de la norma secundaria para hacer congruentes los dos discursos. Así se modificó la norma adjetiva para también abandonar el concepto *elementos del tipo* y sustituirlo por el de *cuerpo del delito*.

La principal ventaja que se obtuvo al reformarse la ley en el sentido de retomar el criterio anterior (cuerpo del delito) consistió en que no hubo que pasar por el complicado proceso de adaptarse al nuevo texto legal, puesto que existía un gran bagaje doctrinal y jurisprudencial al respecto.

VIII. REFORMAS EN LO QUE HACE AL MARCO NORMATIVO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL

En lo que hace al Distrito Federal, el 22 de agosto de 1996 fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto de reformas y adiciones a

diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Uno de los puntos centrales de esa reforma se encuentra en el artículo 122, el cual ha sentado las nuevas bases para la organización jurídico-política del Distrito Federal. Entre esos cambios se estableció que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal sería el órgano local de gobierno encargado de la función legislativa en el ámbito local dentro del marco de competencia que la misma Constitución le señalaba.

Dentro de las materias competencia legislativa de la Asamblea, el artículo 122, apartado C, base primera, fracción V, inciso h), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señaló la facultad expresa para legislar en materia penal.

El 18 de mayo de 1999 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto del 29 de abril del mismo año, por medio del cual, entre otras cuestiones, se dispuso la federalización del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal; decreto que, según el artículo primero transitorio entró en vigor al día siguiente de su publicación el *Diario Oficial de la Federación*.

Como se recordará, se generó entonces una serie de interpretaciones, tales como que no existía ya un Código Penal para el Distrito Federal, y no podían iniciarse procedimientos por la probable comisión de delitos del orden común a partir del 19 de mayo, aseveración desde luego incorrecta, como muchos aclararon.

1. *Reformas de 1999*

En agosto de 1999 nació el Código Penal para el Distrito Federal, en el que se pretendió, sobre todo, mejorar redacciones para no dejar resquicios a la interpretación, y se hiciera nugatoria la aplicación de las sanciones penales.

La nueva legislación local intentó dar respuesta a los principales problemas que han venido aquejando a una ciudad dinámica y compleja como la nuestra: la delincuencia organizada y su vinculación, todavía no erradicada, con la autoridad encargada de prevenir y perseguir los delitos; la protección del medio ambiente tan deteriorado en nuestra urbe, cuya protección ahora se intenta desde el ámbito penal; la falta de respeto a todas las manifestaciones de vida comunes en una sociedad tan polifacética como la

nuestra. La reforma amplió el margen de actuación de los juzgadores en materia sustantiva, lo que redundó en beneficio de la administración de justicia.

2. Reformas de 2000

En marzo de 2000 se operó otra nueva reforma al Código Penal para el Distrito Federal para establecer los delitos electorales en el Distrito Federal, independizando el tema de la legislación federal.

Finalmente, para el Distrito Federal, en agosto del 2000 se llevó a cabo otra reforma, otra más, para precisar el entorno normativo penal de dos circunstancias en las que se puede dar el aborto. Se trataba del caso en el que, de no interrumpirse el embarazo, la mujer corra un grave peligro para su salud, y de aquel en el que se puede suponer, con datos aportados por especialistas, que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que pueden dar como resultado daños físicos o mentales graves. Temas que como recordamos, motivaron serios cuestionamientos respecto de su constitucionalidad, ahora ya resuelta.

IX. PROYECTO DE REFORMAS DE 2004

El 29 de marzo del 2004 fue presentada al Congreso de la Unión una iniciativa del titular del Poder Ejecutivo Federal para llevar a cabo una ambiciosa reforma integral a los sistemas de procuración e impartición de justicia en materia penal y al sistema de seguridad pública. En líneas gruesas, la propuesta consiste en lo siguiente:

- a) Cambiar el actual procedimiento penal inquisitorio a uno acusatorio.
- b) Reestructurar orgánicamente las instituciones de seguridad pública y procuración de justicia.
- c) Crear tribunales penales especializados en materia de adolescentes, así como jueces de vigilancia de la ejecución de las penas.
- d) Profesionalizar la defensa penal.

Lo anterior, según se explica, debido a que deben rediseñarse los esquemas de procuración y administración de justicia, para dar respuesta a los

reclamos de lograr un sistema eficaz y eficiente, y revertir la sensación social de impunidad.

En materia de procedimiento penal, se pretende instalar un proceso penal acusatorio bajo los principios de oralidad, inmediatez, contradicción, publicidad, concentración y economía procesal; prever expresamente la presunción de inocencia; suprimir la facultad del Ministerio Público de oponerse al otorgamiento de la libertad bajo caución en los delitos no graves; establecer una justicia penal restaurativa y de recomposición social, según marque la ley; suprimir la figura del auto de formal prisión; quitarle valor probatorio a la confesión en ausencia del juez y defensor; sustituir la figura de la *persona de confianza* por la de *defensor profesional certificado*, y establecer un sistema concurrente de justicia penal de adolescentes.

En lo que hace al Ministerio Público de la Federación, se propone sustituir a la Procuraduría General de la República por la Fiscalía General de la Federación, como órgano constitucional con autonomía presupuestaria y de gestión, personalidad jurídica y patrimonio propios; el fiscal general sería nombrado por el titular del Ejecutivo Federal con la ratificación del Senado de la República, y duraría cinco años en el cargo, con posibilidad de ser ratificado por igual periodo.

Respecto de la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, se ha contemplado transferirle las tareas de representación de la Federación en todos los asuntos en que ésta sea parte, y en los que intervengan diplomáticos o cónsules generales; que el consejero opine en el caso de suspensión de garantías, así como eliminar la facultad del procurador de solicitar la *apelación atrayente* de los asuntos trascendentales en que la Federación sea parte prevista en la fracción III del artículo 105 constitucional, para atribuírsela al consejero jurídico.

En materia del sistema nacional de seguridad pública, se prevé consolidar la concurrencia de facultades en dicha materia; que el sistema sea profesional y uniforme en todo el país; que reos federales puedan compurgar sus penas en reclusorios locales y viceversa, atendiendo a sus lugares de origen.

Ahora bien, debemos señalar que hoy, como consecuencia de esta iniciativa, existe un decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Federal de Procedimientos Penales, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y del Código Penal Federal, y se expedirán nuevos ordenamientos: la Ley General de Administración de Jus-

ticia para Adolescentes y la Ley Federal de Ejecución de Sanciones Penales, que abrogan para el fuero federal la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal y la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, respectivamente.

En el mismo, en lo que hace a la parte general del Código Penal, se tocan las figuras de autoría y participación, penas y medidas de seguridad, prisión, tratamiento en libertad, semiliberalización y trabajo a favor de la comunidad, confinamiento, vigilancia de la autoridad, aplicación de sanciones en caso de concurso, delito continuado, complicidad, reincidencia y error vencible, sustitución y commutación de sanciones, libertad preparatoria y retención.

En lo que hace a la parte especial, se modifican las figuras de prescripción, traición a la patria, espionaje, sedición, motín, rebelión, sabotaje, conspiración, violación de inmunidad y de neutralidad, violaciones de los deberes de humanidad, genocidio, evasión de presos, quebrantamiento de sanción, armas prohibidas, ataques a las vías de comunicación y violación de correspondencia, desobediencia y resistencia de particulares, quebrantamiento de sellos, ultraje a las insignias nacionales, provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio, revelación de secretos, ejercicio indebido de servicio público, abuso de autoridad, coalición de servidores públicos, uso indebido de atribuciones y facultades, concusión, intimidación, ejercicio abusivo de funciones, tráfico de influencia, cohecho, peculado, enriquecimiento ilícito, ejercicio indebido del propio derecho, delitos de abogados, patronos y litigantes, falsificación y utilización indebida de títulos al portador, documentos de crédito público y documentos relativos al crédito, falsedad en declaraciones judiciales y en informes dados a una autoridad, variación del nombre o del domicilio, hostigamiento sexual, abuso sexual, estupro y violación, allanamiento de morada, lesiones, abandono de personas, difamación, calumnia, privación ilegal de la libertad, robo, abuso de confianza, fraude, despojo de cosas inmuebles o de aguas y daño en propiedad ajena.

Sin embargo, para el caso de que la iniciativa prospere integralmente, se requerirán cambios a 22 artículos de la carta magna, la creación de seis nuevas leyes federales y adiciones a siete leyes más.

Asimismo, resultará necesario que las entidades federativas reformen sus Constituciones locales y estatuto de gobierno en un plazo máximo de

dos años a partir de la publicación de los cambios a la ley fundamental para dotar de autonomía a sus ministerios públicos respecto de los gobernadores y jefe de Gobierno, otorgar independencia operativa a sus policías locales y adoptar el sistema de juicios orales para procesar los delitos del fuero común.

Como puede apreciarse de esta apretada síntesis, se puede concluir que si algo ha caracterizado al trabajo legislativo en materia penal en los últimos veinte años es la inconstancia justificada en la necesidad de encontrar salidas a graves problemas sociales, la inseguridad pública, la violencia, la impunidad.

Se ha oscilado de la concepción legislativa democrática y liberal, a la autoritaria y represora, de una hacia otra con sus matices y variantes, desde luego.

Esto, necesariamente se ha reflejado en la interpretación jurisprudencial que, por consecuencia, también ha sido muy variable, lo que acarrea otra serie de problemas que generan, a su vez, otras presiones sociales.

Cambios tan audaces como los que se pretenden, ameritan ser analizados con sumo cuidado y detenimiento, independientemente de que se admita que los tiempos reclaman una solución tal vez diferente, que corresponda a la dimensión del problema.

Es necesario continuar con la discusión y el análisis; seguir propiciando que se escuche a los especialistas: a juegadores, agentes del Ministerio Público, a los encargados de los órganos de ejecución, a los postulantes, a los académicos, a la sociedad en general. El análisis no debe ser insuficiente, para no hacer de la creación legislativa una cuestión propia de iniciados, contraria al esquema de soberanía popular contemplado por el artículo 39 constitucional. Hay que permitir que los contenidos de la ley sean debidamente meditados.

Tampoco hay que dejar de lado las experiencias relacionadas con todas las modificaciones constitucionales y legales a que hemos hecho referencia; algunas de ellas tuvieron una vida efímera, lo que no permitió que pudieran mostrar su eficiencia. Pero siempre hay algo o mucho que rescatar, pues como en toda obra humana, ni todo bueno ni todo malo.

Pero “el tiempo se venga de las cosas que se hacen sin su colaboración” reza el decálogo del abogado de Eduardo J. Couture, y es tiempo, lo que debe darse a la norma para que vaya madurando su contenido y construyendo su viabilidad.

En otra ocasión señalamos que legislar al impulso, pensando más en las consecuencias de impacto político y social que en la orientación constitucional y en los contenidos normativos, nos puede llevar, sí, al constante movimiento de la Constitución y de las leyes; pero esto, a la postre, se traduciría en inmovilidad de la justicia.