

LA REGRESIÓN PENAL

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ

Celebro la oportuna iniciativa del director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Pedro Salazar Ugarte, para promover y difundir reflexiones en torno a la naturaleza, el impacto y la trascendencia de algunas reformas penales que hemos adoptado en fechas recientes. Digo adoptado, pero podría decir padecido. ¿Seguiremos el mismo curso en el futuro que se avecina?

Confieren valor a este trabajo tanto las aportaciones del doctor Juan Silva Meza, poseedor de una extensa hoja de vida al servicio de la justicia —que incluye el desempeño como ministro y presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y la defensa de la dignidad y la independencia judiciales—, como las que nos ofrece el director del IIJ a través de su Nota introductoria.

La actualidad de las reflexiones que ahora exponemos deriva del cúmulo de reformas constitucionales en materia penal adoptadas en corto tiempo y en circunstancias de grave apremio. Esas reformas, no siempre ajustadas a una “carta de navegación” —que sería indispensable— ni a un concepto o modelo penal al servicio del Estado de derecho en una sociedad democrática, suscitan vivas preocupaciones y requieren cuidadosos comentarios. Participo de aquéllas y he tratado de formular éstos —hasta donde alcanzan mis fuerzas, menos vigorosas y diligentes que las del poder revisor de la Constitución y el legislador “motorizado”, como lo denominó Gustavo Zagrebelsky— en múltiples foros y publicaciones, especializadas o periodísticas. De tales reformas también me he ocupado, junto a muchos colegas animosos —especialmente doña Olga Islas de González Mariscal—

en un programa académico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, que en 2019 cumplió veinte de constante presencia: las Jornadas sobre Justicia Penal.

Vayamos por partes, desde el punto en el que “arrancan” las reformas inquietantes hasta el “puerto de tránsito” al que éstas llegaron en 2019, aunque sin abordar con detalle las graves modificaciones al derecho penal fiscal que provocaron un alud de comentarios adversos en los que se cuestionó lo que muchos denominaron “terrorismo fiscal”. Por cierto, la tendencia y sus graves expresiones no se han detenido en 2019. Siguieron su curso en el inicio de 2020. Sucedió que en una sesión celebrada en la Cámara de Senadores el 16 de enero de 2020 —no se trató de sesión formal del Senado para trámite legislativo— se aludió a un conjunto de propuestas de reforma que pronto llegarían a ese cuerpo legislativo. Ese conjunto —un “gran paquete”— abarcaba abundantes novedades constitucionales, reformas a múltiples ordenamientos y nuevos códigos penal y de procedimientos penales.

El “paquete” de enero suscitó inmediatos y preocupados comentarios porque incluía sugerencias de gran calado, regresivas, que ponían en riesgo —o ponen en peligro— el Estado de derecho, la división de poderes, las atribuciones del Poder Judicial, la buena marcha del proceso penal, y abordan varias cuestiones del procedimiento de esta materia: jueces de control —que se suprimirían—, pruebas ilícitas —a las que se reconocería eficacia en ciertos supuestos—, medidas cautelares —ampliación desmesurada de las hipótesis de arraigo—, intervención de comunicaciones en materias electoral y fiscal, por ejemplo. Además, se sugería la adopción de un código penal único —aspiración largamente acariciada—, que no sería “tan único” porque de-

jaría subsistentes las atribuciones de las legislaturas locales para regular lo relativo a delitos que sean “eminentemente del fuero común” (*sic*).

No diré más sobre el proceso legislativo emprendido en 2020. Quede para otra oportunidad. Seguiré adelante en el comentario a las aportaciones de 2019. Pero antes de emprender esta grave travesía —cursada entre luces y sombras, reconozco ambas— conviene dejar constancia del por qué de nuestro interés acentuado en la normativa penal y acaso, sobre todo, en la práctica a la que lleva esa normativa.

Hablamos del poder más pujante y demoledor del que puede valerse el Estado democrático para amparar a los ciudadanos, o del que puede servirse —la historia lo acredita— el Estado tiránico para oprimirlos y reducir el espacio de los derechos y las libertades. En el escenario penal se enfrentan el poder público, con el monopolio de la violencia —dijo Max Weber—, y el ciudadano, provisto de las defensas que le proporciona la ley interna y, ahora, la ley internacional. Es manifiesta la “desigualdad de armas”. Además, el poder público luce ahí como defensor de la sociedad, abanderado de la paz, en tanto el ciudadano se presenta como enemigo social —el imputado— o solicitante de auxilio —la víctima—, que carece de medios propios y eficaces para sostener sus pretensiones y proveer a su propio derecho.

Dos palabras sobre la concepción que los pensadores liberales y demócratas han tenido o tienen hoy acerca del lance penal: papel del Estado y riesgo que en este ámbito enfrentan el derecho y la libertad. No pretendo ir muy lejos ni muy a fondo en estas consideraciones y en las citas para sostenerlas, pero me parece necesario traer a cuentas algunas precisiones que contribuyan a entender el problema que afrontamos y las soluciones que requerimos. En el

recuento veré con diligencia el arco inmenso que se tendió al inicio de la gran reforma penal del siglo XVIII —aurora del orden penal liberal y democrático— y se presenta en la actualidad. El lector sabrá disculpar este “goteo” histórico.

El gran reformador César Beccaria —patrono del mayor giro histórico en este ámbito y autor de la obra clave del pensamiento penal moderno— previno: “en caso de haber una exacta y universal escala de las penas y de los delitos, tendríamos una común probable medida de los grados de tiranía y de libertad y del fondo de humanidad o de malicia, de todas las naciones”. Poco después, otro reformador de gran vuelo, Manuel de Lardizábal y Uribe —hispano-mexicano, nativo de Tlaxcala— puntualizó: “Nada interesa más a una nación que el tener buenas leyes criminales, porque de ellas depende su libertad civil y en gran medida la buena constitución y seguridad del Estado”. Y finalmente —en esta brevísima relación—, nuestro Mariano Otero aseguró, en el alba de la República emergente, que “la legislación criminal... es a la vez el fundamento y la prueba de las instituciones sociales”.

Vayamos adelante. Con arraigo en esas ideas se construyó progresivamente un sistema penal liberal bajo signo democrático, a lo largo del siglo XIX, que llegó hasta el siglo XX en medio de muchas vicisitudes. Las Constituciones de esa larga etapa —prolongada hasta el presente, en lo que ahora nos interesa recordar— destinaron muchos de sus preceptos iniciales, con énfasis merecido, a los derechos y las garantías del individuo en el ámbito de la persecución penal. Lo hizo, inclusive, aunque no en los primeros artículos, nuestra Constitución de 1824. Ésta no contuvo un catálogo general de derechos humanos, pero detalló los que corresponden al individuo en el espacio de la administración de la justicia penal.

Ahorraré descripciones. Ese sistema liberal y democrático —que se refleja en lo que hemos llamado el “derecho penal mínimo”: represión solamente como último recurso del control social— ha tropezado en estos años con cuestionamientos de gran magnitud y obstáculos formidables. Los argumentos para poner piedras en el camino han sido, básicamente, el incremento de la criminalidad, las nuevas formas que ésta ha adoptado —al paso de los grandes cambios sociales y de los riesgos que éstos generan— y la necesidad de atender puntualmente el clamor del pueblo frente a la delincuencia que lo (nos) tiene en vela y en vilo.

Ese clamor —dicen algunos legisladores, más atentos a las inminentes elecciones que a las futuras generaciones— debe recibir pronta y fuerte respuesta. De ahí derivan ciertas vertientes de lo que se ha llamado el “derecho penal del enemigo”, un término elocuente utilizado por Günther Jakobs, que aparentemente llegó para quedarse. Se trata de construir novedades —siempre relativas, por supuesto— para enfrentar novedades: un orden jurídico para ciudadanos rescatables y otro para enemigos irredimibles; aquél, con amplio abanico de garantías; éste, con extenso conjunto de restricciones. En México ha calado, como lo aseguran numerosos analistas de esta materia, ese derecho penal del enemigo, encaramado en leyes secundarias, primero, y en normas constitucionales, después.

Ahora una mirada sobre los temores y las revelaciones de juristas de hoy, que observan el avance del autoritarismo y el repliegue del derecho liberal y democrático en el espacio penal (y en otros, porque aquél no se aísla en un nicho cerrado). La ilustre Mireille Delmas-Marty, que ha participado en la reforma penal en Francia y conoce a fondo el movimiento del proceso penal en Europa, dijo en México

(2007), en un foro de nuestro Instituto de Investigaciones Jurídicas: “El derecho penal nacional tardó siglos en integrar los derechos fundamentales, y el temor de muchos penalistas, hoy, es que la mundialización impone un derecho penal regresivo y opresivo, que sacrificaría la legitimidad con el único objetivo de ser eficaz”. Pero podemos agregar: objetivo constantemente insatisfecho, lo que nos coloca en el peor escenario: ilegitimidad e ineficacia.

Perfecto Andrés Ibáñez apunta: a la “crisis de vigencia de las garantías procesales está a punto de sumarse la asunción sin complejos” de la “terrible filosofía” que encarna en el derecho penal de autor. Añade: “Las garantías son bienes escasos, el coste que representan pertenece a la categoría de los gastos sociales improductivos, y, en consecuencia, deben ser administrados con sentido de la economía, sólo a quienes las merezcan, y, en todo caso, con tiento”.

Luigi Ferrajoli, que ha influido de manera relevante el pensamiento de constitucionalistas y penalistas, recuerda la contribución de las ideas penales a la construcción del Estado de derecho y advierte, con intención aleccionadora, que “el derecho y el proceso penal constituyen instrumentos o condiciones de la democracia”. Se refiere, por supuesto, a la versión extensa de ésta, no apenas a su dimensión política.

Termino con una fundada observación de nuestra jurista Olga Islas de González Mariscal: se avizora “un derecho penal máximo, en vez de uno mínimo. El legislador crea nuevos tipos penales, amplía los ya existentes y eleva irracionalmente las punibilidades. En ocasiones, las leyes se vuelven menos precisas para dificultar la precisión de lo punible. Se contraría así el principio de certeza”.

Ahora retornemos a México: nuestras ilusiones, nuestro paisaje y nuestras acechanzas. Primero, las expectati-

vas —para no reiterar ilusiones— que se han depositado, con fidelidad asombrosa, en las palabras de la ley, a las que asignamos —como también a planes, bandos, manifiestos y proclamas— la virtud milagrosa de transformar la vida por mandato de la autoridad. No digo, claro está, que debamos prescindir de la ley: no, no más de lo que ya lo hemos hecho con esa misma asombrosa constancia. Empero, no sobra recordar ante nuestro fervor legislativo —desplegado con insólita frecuencia en el ámbito penal— la prudente advertencia de Emilio Rabasa: hemos depositado toda nuestra confianza en las leyes, pero éstas han mostrado su incurable incompetencia. Y no se han revelado más competentes a partir de la fecha en que Rabasa expresó ese hallazgo, cuando hizo el magistral examen de la Constitución de 1857 *vis a vis* la realidad de la nación.

Todavía en el espacio de nuestras ilusiones elevadas a la Constitución y luego trasladadas a la ley reglamentaria, notemos desde este momento —luego me ocuparé de reformas precisas— que en el curso de apenas un cuarto de siglo la ley suprema de la unión incorporó una veintena de decretos sobre materia penal o aledaña a ésta. La animación penal comenzó en 1993 —tras un prolongado reposo desde 1917, alterado por pocas reformas, generalmente de signo humanista y civilizador— y no ha cesado en ningún momento. Ha habido año —2005— en que el poder revisor aportó nada menos que cuatro decretos de reforma penal o parapenal. Y así, sucesivamente, hasta desembocar en el laborioso 2019.

Hablé de ilusiones, paisaje y acechanzas. Dejo atrás el primer concepto, asido a las profusas reformas constitucionales y sus derivaciones secundarias. Voy al paisaje, inicialmente favorecido con modificaciones progresistas y luego

alterado con innovaciones de otro signo. Recordaré, brevemente, que a lo largo de una extensa etapa de casi medio siglo imperó con mayores o menores discrepancias la ley penal prohijada en 1931 por un grupo de ilustres penalistas. Los hombres del 31 —año de emisión del Código Penal Federal y distrital que ha tenido más prolongada vigencia— consideraron que su obra atendía a los postulados sociales de la Revolución Mexicana. En aquélla coincidieron planteamientos de orientación clásica —liberal, por lo tanto— y de corriente positivista.

Con anticipaciones importantes en 1971 —año asociado a la reforma penitenciaria—, el primer gran giro penal ocurrió en el bienio 1983-1984. De esa fecha fue la pica en Flandes que puso en marcha una profunda renovación penal con signo liberal, a la que siguieron, en el curso de varios años y hasta 1996, otras novedades del mismo carácter político-criminal. No me detendré ahora a examinar aciertos y desaciertos, que los hubo, de esta ola renovadora. Sólo destacaré que en aquel tiempo la tendencia progresista pareció consolidarse tanto en el orden constitucional como en el secundario: se despejaba el horizonte del derecho penal interno, colmado de buenas disposiciones y de amables intenciones. No siempre, claro está, de realizaciones consecuentes con aquéllas.

Caminaron las manecillas de nuestro reloj histórico. Con ellas llegó una propuesta de distinta orientación, primero fuertemente resistida y más tarde clamorosamente acogida con grave imprudencia, a mi modo de ver. Cuando esta reorientación asomó la cabeza, la identifiqué en mis primeros trabajos acerca de la ola que se aproximaba: delincuencia organizada en los hechos y legislación para enfrentarla. Me referí entonces a lo que llamé una “primera

tentación” autoritaria. La examinamos en un foro revelador, realizado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas en abril de 1992. Al cabo de pocos pasos, esa tentación languideció, rechazada por la academia y desalentada por el legislador. Pero la “pluma” estaba a la vista. Retornaría con más fuerza, alimentada por las primeras horas de la crisis de inseguridad que ahora padecemos.

Poco después llegó la simiente de una desviación, que se aclimataría en los textos constitucionales y legales, en los discursos desde el poder y, a veces, en el ánimo social, distraído de las verdaderas causas de la criminalidad y seducido por ofertas milagrosas. Esa desviación arraigó en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que merece la relectura de los especialistas —y de la sociedad en general, claro está— porque puso las bases para la regresión penal. No pasó inadvertida para quienes nos hemos dedicado —en el cubículo de la investigación, en el aula de la docencia y en el fragor de la práctica penal— al estudio de la delincuencia y del derecho acuñado para enfrentarla.

De entonces data la calificación que hice de aquel ordenamiento como el “bebé de Rosemary”, denominación acogida por muchos colegas y que aún circula en nuestra literatura criminológica y penal. Hablé de ese bebé con referencia a un famoso filme de Roman Polanski en el que se presenta el “pavoroso caso” de un embarazo infernal en el claustro materno de una “doncella inocente”. Pongámoslo así. El causante del embarazo pretendía instaurar una nueva especie, mitad humana, mitad abismal, que paulatinamente releva a la humanidad. Me pareció —y no me equivoqué— que eso ocurriría en el orden jurídico penal mexicano (como había sucedido y seguiría aconteciendo en el exterior, del que tomamos, sin reflexión, esa novedad).

La Ley de 96 construyó un aberrante tipo penal (más adelante reformado) que anticipaba la actuación penal del Estado a un momento anterior a los actos preparatorios: la concepción del delito, sin materialización alguna, como no fuera la mera deliberación o el simple acuerdo de los confabulados, carente de trascendencia práctica. Este ingreso punitivo en la etapa de conspiración era bien conocido tanto en el extranjero como en México, pero también había sido severamente cuestionado.

Con todo, el problema mayor —la golondrina que sí haría verano— no se hallaba solamente en el adelanto de la punición, con lo grave que es, sino en la bifurcación del sistema penal mexicano. Hasta la aparición de esa ley —entonces sin sustento constitucional— había un solo régimen en el marco de la ley suprema y de la secundaria que la reglamentaba: sistema único, que exponía los derechos y las garantías, las cargas y los deberes aplicables a todas las hipótesis de persecución penal, sin salvedad. A partir de la Ley de 96 se contó con dos sistemas: el ordinario, y el específico para imputados por delincuencia organizada. Se abrió, así, la caja de Pandora: hoy tenemos tres sistemas, los dos que ya mencioné y el tercero, que no confiesa su verdadera identidad y al que adelante me referiré, concerniente a la privación o extinción de dominio.

Sigamos. Llegaría la extensa reforma constitucional —esencialmente procesal— iniciada en 2007 y aprobada en 2008 con notorio consenso. Califiqué a esta reforma como “ambigua” por la diversidad de orientaciones que acogió: por una parte, liberales y democráticas, que afirmaron la cara iluminada de nuestra luna penal, aportada por previos cambios a la ley suprema; y por la otra, autoritarias, que confirmaron la cara oscura de esa luna y adoptaron,

para semejante confirmación, las lecciones provistas por la Ley de 96. Las tendencias contrapuestas se acompañaron en el camino. Suele suceder en la lógica del pragmatismo.

En mis primeras disertaciones en torno a la reforma de 2008 —antes, por supuesto, de que el poder revisor de la Constitución la aprobara con gruesas aclamaciones— utilicé otra metáfora, agregada a la del bebé de Rosemary. Señalé que la propuesta propalada en 2007 sembraba un vaso de agua fresca, potable, transparente, que se entregaba a una sociedad sedienta de seguridad y justicia, agua a la que, sin embargo, una mano oscura había agregado algunas gotas de veneno. Ya veríamos —señalé— cómo operaba la fisiología social al apurar el agua contaminada. De ahí que titulara mi libro acerca de esa reforma como “¿Democracia o autoritarismo?”.

En este punto de nuestra ya larga —pero necesaria— travesía para llegar a las reformas constitucionales y secundarias de 2019 es pertinente recordar, como lo he hecho a menudo, el diagnóstico que acogieron todos los actores de la reforma de 2008: tanto en el Ejecutivo como en el Legislativo. Unánimemente reconocieron que los problemas que enfrentaba el país en el campo sujeto a consideración eran la impunidad, la corrupción, la incompetencia y el envejecimiento de las normas. Y acto seguido, todos los actores se entregaron a la corrección de los males a partir de la tarea más fácil: reformar la ley suprema. Se hizo con especial aplicación. En los otros territorios, que requerían mayor esfuerzo y constancia, los avances fueron modestísimos, si acaso los hubo.

Me he detenido en la reforma constitucional de 2008 porque en ella —tan celebrada en ese raro acuerdo entre demócratas y autoritarios— se retuvo la escisión del sistema

penal y, lo que ahora interesa más, en ella misma aparecieron dos figuras muy discutibles —por decir lo menos— que son materia de este trabajo: la prisión preventiva oficiosa y la extinción de dominio, a las que reservo un tratamiento específico.

Estos extremos del texto acogido en 2008 quedaron en la penumbra, opacados por el enorme entusiasmo que sembró en los legisladores la proclama de un sistema acusatorio y un régimen de oralidad, conceptos que debieran ser mejor analizados —es decir, examinados con seriedad— para precisar su verdadero alcance. Y también convendría re-examinar, pero no es éste el espacio para hacerlo, las consecuencias de un sistema que pretende elevar la justicia sobre un fundamento endeble: la verdad pactada. Sobre este punto es siempre recomendable el examen puntual, preciso, concluyente, que hace Michele Taruffo en torno al papel de la verdad en el enjuiciamiento.

Es muy importante destacar que los propios autores de la reforma de 2008 reconocieron —he aquí un dato valioso para el intérprete— que aquélla entrañaba una regresión penal —aun cuando éstas no fueron las palabras del legislador—, en tanto reducía el espacio de los derechos del individuo en el procedimiento penal. Con esa reducción, adujeron, se corregirían los excesos garantistas en que había incurrido la normativa penal.

Se procuraba, pues, derrotar lo que algunos denominan “hipergarantismo”, en favor del autoritarismo —“hipogarantismo”— que se vale de la inseguridad creciente y del auge de la criminalidad para dar un zarpazo sobre el progreso del sistema penal. Sobreviene el Estado de policía, que acecha la oportunidad de relevar al Estado de derecho, como advierte Raúl Zaffaroni. Aquí se apuntó un tanto fa-

vorable ese movimiento imperioso, que parece vencedor, al que solemos identificar como “demagogia penal” o “populismo penal”. El veneno que se aplica en aras de la democracia también puede llegar —y llega— al sistema penal, que a su turno e inmediatamente pone en predicamento a la propia democracia.

Me parece conveniente o, más aún, indispensable, presentar aquí un botón de muestra sobre las propuestas que imperaron en 2008. Recojo la expresión de los actores de la reforma de ese año, que entraña una confesión del autoritarismo que anidaba en las propuestas. Aquéllos cuidaron, sin embargo, las palabras de esa confesión: que fueran persuasivas (engañosas) y acreditaran la voluntad legislativa de ir adelante y los motivos para no hacerlo. Es particularmente aleccionador el dictamen del 10 de diciembre de 2007 emitido por las comisiones de la Cámara de Diputados que presentaron al Pleno el proyecto de reforma que sería adoptado por ese cuerpo y, en su momento, por los otros órganos del constituyente permanente.

Tras afirmar que se proponía la adopción de un sistema “de corte garantista, con pleno respeto a los derechos humanos”, el dictamen anunció la necesidad de “establecer un *nivel probatorio razonable* para la emisión de la orden de aprehensión” (razonabilidad que entrañaba, por supuesto, reducción de garantías). Para esa emisión, sostuvo el mismo dictamen, “*basta* que el órgano de acusación presente al juzgador datos probatorios que establezcan la realización concreta del hecho que la ley señala como delito y la probable intervención del imputado en el mismo, sea como autor o como partícipe”.

En el proceso penal acusatorio que se pretende instaurar —señaló paladinamente el mismo documento— “resul-

ta imposible mantener un nivel probatorio tan alto para solicitar la orden de captura, en razón de que el Ministerio Público no presentará pruebas formalizadas que puedan acreditar el hecho y menos la responsabilidad penal del perseguido”.

Para fortalecer esta disminución de garantías, el dictamen sostuvo que correspondería al juez *desfacer el entuerto* cometido por el Ministerio Público, en su caso:

No existe un riesgo de que esta *reducción del nivel de prueba necesario para la emisión de la orden de aprehensión* sea motivo de abusos, porque *existen amplios contrapesos* que desalentarán a quienes se sientan tentados a ello, en razón de que el proceso penal será totalmente equilibrado para las partes y respetará cabalmente los derechos del inculcado, de manera que si se obtiene una orden de captura sin que los indicios existentes puedan alcanzar en forma lícita el estatus de prueba suficiente, *sin temor a dudas se absolverá al imputado*.

Por supuesto, el dictamen no dijo que esa penosa rectificación operaría al final de un proceso que tal vez trajo consigo la privación provisional de la libertad. “Por lo anterior —concluye el dictamen dedicado a este asunto, en el que se hallan en juego los derechos del individuo— estas comisiones dictaminadoras consideramos procedente *atemperar el actual cúmulo probatorio que el juez debe recibir del ministerio público para expedir una orden de aprehensión*” (énfasis agregado).

* * *

Me disculpo por haber dedicado tan extenso texto a los antecedentes de las reformas de 2019, pero considero necesario seguir la travesía del orden penal constitucional en el curso

de estos lustros para entender el signo y las implicaciones de los cambios introducidos en 2019. Éstos son fruto de una historia, de una circunstancia y de un proyecto que no surgió en el vacío.

Hasta aquí me he referido a una buena porción del paisaje que ofrece el sistema penal constitucional; sigue otra, relativa al proceso del último año citado y a las acechanzas que tenemos al frente; algunas se infieren de lo que llevo dicho y otras se desprenden de lo que diré en seguida. Veamos las modificaciones constitucionales y legales adoptadas en 2019, que ya constituye un año especialmente significativo en la historia de la reversión penal en México.

La reforma de 2019 es el producto de ciertas ofertas políticas del nuevo gobierno contenidas en diversos documentos. De la etapa electoral hay que mencionar la plataforma de la coalición que triunfó en los comicios de 2018 y el “Plan Nacional de Seguridad y Paz 2018-2024”, del 14 de noviembre de 2018, escueto y formal anuncio de novedades que llegarían. Con este Plan inicia el conjunto de propuestas de reforma constitucional y secundaria, que atienden a cierto criterio político —que pudo ser, pero no lo consiguió, el enunciado de una verdadera política criminal, de la que hemos carecido por mucho tiempo—, cuyo mascarón de proa fue la iniciativa de reforma constitucional presentada en el Congreso de la Unión por los diputados de Morena el 21 de noviembre del mismo año.

A ese Plan y a esa iniciativa, muy discutida y extensamente modificada en el proceso legislativo —con audiencia de gobernadores, presidentes municipales, representantes de organismos de la sociedad civil y académicos— siguió una iniciativa de reforma al artículo 19 constitucional, presentada por el Ejecutivo el 6 de diciembre de 2018, a propósito

de la prisión preventiva oficiosa. Agreguemos otra, debida a un diputado del Partido Acción Nacional, planteada el 30 de marzo de 2017 y adoptada con interés por la mayoría de la cámara de origen, en torno a otra figura muy controvertida, que antes mencioné y que líneas adelante desarrollaré: la extinción de dominio.

Posteriormente llegaron más documentos inscritos en el amplio proceso de reforma del que doy cuenta, a saber: el “Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024”, que no aportó novedades significativas con respecto al de Seguridad y Paz, y la “Estrategia Nacional de Seguridad Pública”, del 1o. de febrero de 2019, remitida por el presidente de la República a la Cámara de Senadores, que abarca extremos relevantes para el conocimiento de las tareas que se propuso emprender el Ejecutivo Federal.

Tomados en su conjunto, todos estos documentos denuncian la grave situación que guarda el país en materia de seguridad pública y los errores y extravíos de anteriores administraciones. Las cifras de criminalidad, que no pretendo reproducir aquí, son alarmantes, y los señalamientos sobre impunidad, ineficacia y corrupción, muy graves. Frente a esta suerte de desastre generalizado —diagnóstico que comparte la opinión pública— se propone un “cambio de paradigma”, fundado en el reconocimiento de que “la seguridad de la gente es un factor esencial del bienestar y la razón primordial de la existencia del poder público: el pacto básico entre éste y la población consiste en que la segunda delega su seguridad en autoridades constituidas, las cuales adquieren el compromiso de garantizar la vida, la integridad física y el patrimonio de los individuos”. He aquí el reconocimiento, de clara raíz “contractualista”, que formula el Plan de Seguridad y Paz.

De estos instrumentos, su contenido, intención y avance en diversos frentes me ocupé en un opúsculo publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas bajo el título *Seguridad y justicia: Plan Nacional y reforma constitucional. El difícil itinerario hacia un nuevo orden* (12 de abril de 2019). Con base en esa publicación apareció mi libro del mismo título, en coedición de aquel Instituto y la editorial Porrúa, que contiene, además, la suma de los documentos a los que me he referido. Me remito a ese libro para una explicación más detallada de los temas que ahora examino.

* * *

Vale decir que en el eje de las novedades sobre seguridad, que dominan la oferta política del Ejecutivo y que han caracterizado los primeros tramos de una marcha que seguramente será muy larga y está resultando accidentada, figura el establecimiento de la Guardia Nacional. En su presencia y en su éxito se cifra lo que podríamos llamar la “gran apuesta” del nuevo gobierno para proveer condiciones razonables de seguridad y paz. De esta suerte, fueron reformados los artículos 10, 16, 21, 31, 35, 36, 73, 76 y 89 de la Constitución.

En la adopción de esta reforma, que ciertamente posee gran calado, hubo intenso debate. Aparecieron muchos puntos difíciles, cuya solución determinó cambios a la iniciativa de los diputados de Morena y vueltas y revueltas en ambas cámaras del Congreso de la Unión. Digamos que los temas que provocaron la mayor discusión fueron los concernientes a las atribuciones de la Federación y de las entidades federativas y los municipios en el rubro de la seguridad, y el carácter civil, militar o ambas cosas de la Guardia Nacional. De este debate resultó un régimen híbrido que

pretendió satisfacer las reivindicaciones locales y serenar el ánimo encrespado que se elevó frente a la tendencia de “militarizar” la seguridad pública.

Esta revuelta frente a la reorientación de las fuerzas armadas, impugnada por el candidato presidencial y favorecida enérgicamente por éste cuando devino presidente de la República —y pudo observar con mejores elementos de juicio el panorama de la inseguridad pública—, permite recordar otras experiencias.

Sobre aquéllas, vuelvo a citar a Mariano Otero, que ya en el temprano 1842 previno a la nación frente a lo que llamó un “funesto legado” del gobierno español: reunir “los deberes del ejército con las atribuciones de la policía”. Y ya muy cerca de nuestras horas, también mencionaré el rechazo de la Suprema Corte de Justicia a la Ley de Seguridad Interior —propuesta por el Ejecutivo y aprobada por el Congreso de la Unión—, aunque en este caso se adujo la carencia de sustento constitucional, objeción que no se podría utilizar ahora, una vez que se ha reformado la ley suprema para abrir ancho cauce a la participación de las fuerzas armadas en tareas de seguridad pública.

Llama la atención, por otra parte, que las cámaras del Congreso de la Unión hayan invocado con gran acento la pertinente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con respecto al empleo de efectivos militares en tareas de policía, a través de criterios que se deducen del régimen natural de los derechos humanos y de la experiencia mostrada en varios litigios llevados al tribunal de San José.

La jurisprudencia de aquella Corte, acuñada tanto en casos que tienen que ver con México —y que alarmaron al tribunal supranacional— como en violaciones a derechos

cometidas en otras latitudes, no favorece de ninguna manera la intervención militar en tareas de policía, aunque señala hipótesis excepcionales y medidas de precaución para admitirla. A éstas recurrió el legislador en el intento de demostrar, laboriosamente, que la reforma constitucional era compatible con la jurisprudencia supranacional.

Al cabo de los primeros avatares —y lejano todavía el momento de emitir un juicio concluyente acerca de la Guardia Nacional, que ya cuenta con inquietantes primeros pasos en la escena— es notorio que ésta constituye un cuerpo militar o paramilitar y que los esfuerzos por darle aire y perfil civiles están naufragando, asediados por la realidad. Una vez más podemos decir: la realidad sí existe y suele abatir los mejores esfuerzos por ocultarla.

La integración de la Guardia, que absorbe personal castrense —en forma predominante— y policial federal —de manera secundaria y cuestionada: ante todo, por muchos integrantes de la Policía Federal, que se resisten a la absorción por parte de la Guardia—, no podría culminar en breve plazo ni sería posible dotarla en este mismo lapso —el lapso de la emergencia— de la capacitación y la orientación que permitan afianzar el proyecto policial al que aquélla debe atender. Por lo tanto, ha sido preciso avanzar con premura, con todo lo que implica esta celeridad en cuestiones de gran complejidad y trascendencia.

El resultado hasta hoy, en los términos de la reforma constitucional y de la práctica inexorable, es la coexistencia de tres fuerzas de seguridad al amparo de la ley suprema: la mencionada Guardia Nacional, en proceso de formación; la policía local y estatal, diluida y desvalida, y las fuerzas armadas, cuya presencia, tradicionalmente rechazada bajo la norma constitucional anterior, ha sido constitucionaliza-

da para un periodo de cinco años. Transcurrido este plazo, se verá lo que deba ocurrir. Obviamente, la Constitución “reformada” sigue siendo “reformable”. Los plazos constitucionales podrían ser ampliados —o excluidos— bajo el imperio de nuevas reformas a la Constitución.

Es por lo menos incierta la posibilidad —que no probabilidad, hasta donde es posible prever— de que los integrantes militares de la Guardia retornen a su fuente castrense y las fuerzas armadas vuelvan a sus cuarteles, tras una amplia y constitucionalizada incursión en la seguridad pública. Pedro Salazar ha recogido objeciones a “la estrategia militar en estas lides: las fuerzas armadas van ganando poder, recursos y control territorial. ¿Por qué aceptarían renunciar a ello dentro de cinco años?”. Apunta: “la historia de las instituciones nos enseña que las organizaciones que tienen poder tienden a conservarlo y, en la medida de sus posibilidades, a acrecentarlo”; sólo “desde la ingenuidad resulta sensato suponer que será fácil el retorno a los cuarteles”.

Vale recordar aquí, aunque sea de paso, el régimen de muy cuestionada legitimidad que introdujo otra reforma constitucional en el artículo 123, igualmente agravada por modificaciones posteriores. Me refiero a la remoción de los integrantes de la fuerza policial —y del Ministerio Público y el cuerpo de peritos— que impugnan esa separación y obtienen de la autoridad judicial sentencia favorable, esto es, resolución que reconozca que la separación fue injustificada. Empero, en tal supuesto la decisión judicial no trae consigo la reincorporación del sujeto, sino, a lo más, una indemnización a cargo del Estado. ¿Cómo operará esta disposición en lo que concierne a los miembros de la Guardia Nacional, tanto ex integrantes de la Policía Federal como

efectivos provenientes de las fuerzas armadas, que son candidatos a retornar a éstas?

Es indispensable cargar el acento sobre la necesidad de superar las graves deficiencias de la policía civil, que es el cuerpo público naturalmente llamado a operar en las cuestiones de seguridad a las que ahora me refiero. La debilidad de esa policía nos llevó a requerir la actuación militar, y su fortalecimiento —en selección, disciplina, probidad, competencia— sería la condición para girar de nuevo hacia la solución deseable.

Por ahora nada indica que el Estado quiera y pueda volver la mirada —en serio y con todos los recursos necesarios, más el tiempo suficiente— hacia las corporaciones policiales, impotentes para hacer frente a una delincuencia rampante. Sin embargo, ¿cuánto tiempo transcurrirá y qué decisiones y recursos se deberán aplicar a la recuperación de la policía? Y si esto no se consigue, ¿cuál será el destino de la seguridad y, lo que es más importante, el de los inseguros ciudadanos? ¿Podrán las fuerzas armadas colmar indefinidamente, con eficacia y legalidad, el gran vacío que dejó la policía?

En el proceso de reforma se pretendió dar a la Guardia Nacional facultades de investigación de delitos, al lado del Ministerio Público y la policía, que operará bajo la conducción de éste (aunque la reforma de 2008 liberó a la policía del control estricto que antes le subordinaba al Ministerio Público). Esa facultad, que sería excesiva, no figuró en el texto aprobado por el constituyente, pero se dijo que éste asumiría las facultades que la Ley de la Policía Federal atribuía a esta corporación, y entre ellas figuró (artículo 2o.) “investigar la comisión de delitos”.

A raíz de la reforma constitucional y con fundamento en ella, la nueva Ley de la Guardia Nacional dio el paso inquietante que se temía. En efecto, el artículo 7o. de ese ordenamiento se refiere a las tareas a cargo de la Guardia “para materializar sus fines”, y entre ellas señala: “investigar la comisión de delitos, bajo la conducción y mando del Ministerio Público competente en el ejercicio de esta función”. Esta fórmula reproduce los términos del primer párrafo del artículo 21 constitucional, y por lo tanto ratifica la condición de la Guardia Nacional —órgano a media vía entre la condición civil y la calidad militar— como cuerpo investigador de delitos del fuero común.

Ya veremos si el Ministerio Público conduce y manda, de veras, a la Guardia Nacional en la investigación de los delitos. No siempre lo conseguía —y en ocasiones ni siquiera lo intentaba— con respecto a la antigua policía judicial, luego convertida en “agencia” (*agency*) de investigaciones, al amparo de una denominación de evidente procedencia norteamericana. ¿Lo conseguirá en su naciente relación con un cuerpo militarizado?

* * *

En el acervo de cambios de gran hondura a propósito de la seguridad y la justicia se halla el régimen de prisión preventiva “oficiosa”, esto es, resuelta “de oficio” por el órgano jurisdiccional. El examen de esta medida lleva naturalmente a recordar la posición del imputado en el proceso, los fines de éste y la naturaleza de la prisión preventiva, que debe ser cuidadosamente deslindada de la que podríamos llamar prisión “punitiva”, consecuencia de una condena, a su vez

sustentada en la existencia de un delito y en la responsabilidad de cierto sujeto, claramente demostradas en el curso del proceso y en el cuerpo de la sentencia.

Los procesalistas —entre ellos, paradigmáticamente, Piero Calamandrei, que dedicó a las medidas cautelares un estudio de gran mérito— distinguen entre el proceso sobre el fondo de cierta pretensión o determinada imputación, por una parte, y el procedimiento en torno a medidas precautorias o cautelares, por la otra, que corren por su propia vía, paralela a la del procedimiento judicial (o al preparatorio de éste) y sólo se proponen asegurar bienes y personas, a reserva de que en el proceso de fondo se resuelva sobre las pretensiones e imputaciones y se decida la suerte de esos bienes y esas personas.

En el catálogo de las medidas cautelares, muy variado, figura la privación de libertad del sujeto al que se atribuye —sin demostrarlo plenamente, todavía— la comisión de un delito. En el curso de la historia de las medidas penales, esa privación de libertad, a la que ahora llamamos prisión preventiva, se adelantó a la otra, que denominamos punitiva. Las primeras apariciones históricas de la prisión sirvieron al propósito, anunciado por juristas romanos y por las Siete Partidas españolas, de mantener en resguardo a una persona mientras se resolvía la imputación y se decidía, en su caso, la condena. La medida cautelar se asoció a una circunstancia determinante: que hubiese una razonable apreciación sobre el derecho en juego y que existiera riesgo de daños mayores si se esperaba hasta la conclusión del juicio sobre el fondo de la controversia.

Sin perjuicio de lo anterior —y como paso adelante, avance formidable en la regulación racional del proceso penal—, al final del siglo XVIII los reformadores sustentaron

el principio de que el sujeto al que se atribuye un delito debe ser considerado inocente, y tratado como tal, durante todo el tiempo que medie entre el inicio del procedimiento en su contra y la sentencia de condena. A este principio se denomina “presunción de inocencia”.

La presunción de inocencia constituye la piedra angular del proceso penal moderno en el Estado de derecho. No implica, en modo alguno, la exoneración de los criminales, pero impide el desbordamiento del sistema penal sobre sujetos que aún no han sido calificados como responsables de un delito, calificación que sólo se legitima a través de la aportación de pruebas, el razonamiento sobre cargos y descargos, la reflexión judicial y la decisión del tribunal. No antes. Aquel principio figura expresamente en la Constitución mexicana a partir de la reforma de 2008, aunque ya resultaba vinculante para nosotros si se toma en cuenta su previa consagración en tratados internacionales de los que México es parte y a cuyo cumplimiento está obligado.

Es evidente, hasta para el observador más ligero, que existe una tensión, en ocasiones muy fuerte, entre la solemne declaración de que un imputado debe ser tratado como inocente mientras no se pruebe que es culpable, y el empleo de medidas restrictivas de la libertad en el curso de un procedimiento penal. También es evidente que la realidad plantea ciertas necesidades que el orden jurídico no puede desatender: evitar que el procesado se sustraiga a la acción de la justicia e impedir que altere la buena marcha del proceso (o ponga en grave peligro a quienes participan en éste, la víctima inclusive).

Así las cosas, es preciso hallar un punto medio, racional e inevitable, entre el principio de inocencia y la salva-

guarda del proceso. No siempre es fácil encontrar puntos de conciliación entre principios irremovibles y realidades irresistibles. Éste es el caso en el tema que ahora nos ocupa. En fin de cuentas se ha llegado a la conclusión, por ahora —de buena o de mala gana, pero acaso ineludible—, de aceptar la restricción de derechos y libertades antes de que exista condena que la legitime plenamente, pero rodear esa limitación de condiciones y garantías para evitar el abuso y la vulneración de derechos y libertades que deben ser preservados.

En tal virtud, la mejor doctrina, la legislación más ortodoxa y la jurisprudencia internacional suelen aceptar como medida extrema la prisión preventiva del procesado en las dos hipótesis a las que me referí —evitar la sustracción a la justicia y la frustración del proceso—, a condición de que esa medida se utilice solamente cuando sea de veras indispensable, en forma temporal y revisable.

De ese postulado se sigue el rechazo a la prisión preventiva sistemática —que consagraría los procesos en cautiverio, no en libertad— y la entrega al juez de la facultad (que no debe ser usurpada por el legislador mediante “pre-juicios” legislativos) de resolver casuísticamente sobre la pertinencia de la prisión preventiva: es decir, analizar su aplicabilidad caso por caso y conforme a las circunstancias que concurran en él.

Esta orientación se ha perdido gradualmente en sucesivas reformas constitucionales y legales. Durante mucho tiempo la posibilidad de imponer prisión preventiva se asoció a la punibilidad correspondiente al delito imputado, referencia que en buena lógica identifica la gravedad de la conducta ilícita que se atribuye a una persona. Si la media aritmética de la prisión aplicable excedía de cinco años, se

impondría prisión preventiva; en otros casos procedería la libertad bajo caución o bajo palabra.

Posteriormente se excluyó la libertad provisional cuando se tratara de delito “en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio” (reforma de 1993 a la fracción I del artículo 20 constitucional). Por lo tanto, la identificación de los delitos graves quedó a cargo de la ley secundaria, que estableció una creciente relación de delitos que merecían esa calificación. Esto implicó restricciones a la libertad desvinculadas del sustento natural de la preventiva, que debe ser ponderada en virtud de las circunstancias de cada caso, como antes mencioné, y de depender de categorías de delitos o series de imputados.

Esta desviación llegó hasta la reforma de 2008, que modificó a fondo el régimen de la libertad provisional y la prisión preventiva. En el artículo 19 apareció un régimen dual sobre esta medida cautelar. En la primera proyección de ese régimen se recogió el principio de inocencia y libertad provisional para la mayoría de los casos, con posibilidad de aplicar la preventiva ponderadamente, si lo solicitaba el Ministerio Público —y el juez lo admitía— “cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso”.

Esta regulación de la preventiva se atuvo, relativa y limitadamente, a las razones que justifican la medida y supone una ponderación por parte del Ministerio Público, que solicita la privación de libertad en supuestos que racionalmente la justifican (que son los previstos en la primera par-

te del precepto), y una apreciación a cargo del juzgador, que resuelve la restricción de la libertad valorando las pruebas y los argumentos que suministra el Ministerio Público. En otros términos, excluye la preventiva a “rajatabla”, por disposición del legislador, que no toma en cuenta —ni podría hacerlo, obviamente, porque no interviene en el procedimiento— las circunstancias del imputado y del proceso mismo, y deposita la responsabilidad de la decisión —en sucesivas etapas— en quien debe asumirla: el Ministerio Público solicitante y el juzgador.

En la segunda proyección del régimen dual que he mencionado, el mismo precepto constitucional estipuló el supuesto de prisión preventiva “oficiosa”, es decir, forzosa, inexorable, necesaria (se dice que el juez “ordenará”, no que “podrá ordenar”), “en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y la salud”.

En suma, se dispuso la prisión preventiva oficiosa en relación con nueve categorías delictuosas. Algunas abarcan numerosos delitos. Esta forma de prisión preventiva pone de lado, radicalmente, la naturaleza de la prisión preventiva como medida cautelar para preservar el proceso, desecha la ponderación ministerial y judicial y abre ampliamente la posibilidad de que el legislador —penal y procesal— amplíe constantemente la relación de delitos que ameritan restricción procesal de la libertad del sujeto, supuestamente cubierto por la presunción de inocencia.

En el comentario que formulé acerca de esta preventiva oficiosa, cuestionando a fondo la discusión del constituyen-

te permanente, deploré que el dictamen de los diputados —base de la aprobación del precepto— no incluyera razonamiento alguno acerca de la pertinencia de la preventiva oficiosa. Sin embargo, parece obvio que el legislador se plegó a los argumentos que solicitaban el agravamiento de las más severas medidas penales, ante la inoperancia y la ineficacia de otros medios de los que puede y debe valerse la autoridad para conciliar la seguridad pública con los principios que deben guiar la regulación del proceso penal en un Estado de derecho. La ineficiencia preventiva se resuelve con golpes normativos.

Así llegamos a la reforma procesal de 2019, que ha invocado constantemente la crisis de seguridad que padecemos, el incremento desmedido de la criminalidad y la incompetencia de los órganos llamados a proveer seguridad y justicia, al lado de otros datos muy preocupantes —que no ignoramos, desde luego—, para radicalizar la actuación punitiva del Estado.

En virtud de lo anterior, la reforma constitucional de 2019 trajo consigo una nueva regresión en el régimen del proceso penal, que acentuó su distancia con respecto a los rasgos del orden democrático: en vez de corregir las desviaciones introducidas en 2008 dio nuevos pasos en ese camino —que implican una flagrante regresión penal—, al ampliar el catálogo de delitos cuya imputación motiva la prisión preventiva oficiosa.

Dos palabras sobre el desarrollo de este asunto en el foro legislativo. En la Cámara de Senadores, cuerpo de origen de la reforma, que tuvo a la vista varios proyectos, se incrementó notablemente el catálogo de delitos para la operación de la prisión preventiva oficiosa. La minuta del Senado llegó a la Cámara de Diputados, cuerpo revisor en

este proceso, cuya Comisión de Puntos Constitucionales consideró necesario reducir —es decir, moderar, disminuir, racionalizar, si cabe la expresión— la retahíla de delitos que implicarían prisión preventiva, sin ignorar los argumentos derivados de la inseguridad y la impunidad que prevalecen en el país (pero que deben ser atendidos con otras medidas). En su dictamen, esa Comisión tomó en cuenta la jurisprudencia sobre prisión preventiva elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los diputados autores del dictamen al que ahora me estoy refiriendo recogieron los razonamientos expuestos desde las dos trincheras abiertas durante el debate de esta cuestión. Al referirse a los adversarios de la preventiva oficiosa señalaron los argumentos aportados por éstos: “esa tendencia (a extremar la preventiva) es violatoria de la presunción de inocencia, debido proceso, seguridad jurídica, independencia judicial, igualdad, integridad de las personas y el principio de progresividad de los derechos humanos, principalmente”.

Colocada ante el dilema de atender los argumentos de quienes elevaron la voz en contra de la desmesura punitiva o acoger los puntos de vista que traía consigo la minuta del Senado, la Comisión de los diputados señaló que “ha considerado el mínimo posible de afectación a esa perspectiva respetable y legítima de los derechos humanos, debido a que se pondera que la situación en México es de emergencia y se justifica” (la propuesta de retener la preventiva oficiosa, e incluso ampliar limitadamente las hipótesis de aplicación), por cuanto “se encuentra en entredicho su propia naturaleza de Estado constitucional de derecho y de sus instituciones, salvaguardar la integridad de su pueblo y sacar a la corrupción de sus instituciones”.

Así las cosas, el dictamen de los diputados planteó una importante reducción de las hipótesis de preventiva oficiosa aprobadas por el Senado. Esta moderación no tuvo eco en el Pleno. Finalmente, en esta Cámara (y en el propio constituyente permanente) se adoptó un extenso catálogo que conviene reproducir, con algunos comentarios indispensables.

En el siguiente párrafo indicaré el texto que pasó a formar parte del artículo 19 constitucional, merced al impulso punitivo provisto por el Pleno de la Cámara de Diputados. Para información del lector señalo entre paréntesis los casos que no figuraban en la propuesta moderada —relativamente— de la comisión dictaminadora de esa Cámara y que fueron agregados, siguiendo la orientación previa del Senado, en la votación final de los diputados.

La preventiva oficiosa procede en los casos de “abuso o violencia sexual contra menores (*supuesto que había retirado la Comisión dictaminadora de los diputados*), delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio (*esta hipótesis tampoco figuraba en el dictamen*), violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación (*no se incluyó en el dictamen*), uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades (*tampoco aparecía en el dictamen de la Comisión*), delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares (*no se hallaba en el dictamen*), delitos cometidos por medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea (*misma observación*), así como los delitos

graves que determine la ley contra la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud”.

En los códigos penales o en las leyes generales hay señalamientos más o menos precisos y de generalizada aceptación acerca de algunos delitos mencionados en ese catálogo —como homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, etcétera—, pero no se cuenta con la misma tipificación —insisto: precisa y generalizada— acerca de otras conductas delictuosas.

A falta de una ley reglamentaria del artículo 19 constitucional en la materia que estoy considerando, el juzgador podría invocar directa e inmediatamente los tipos ya contenidos en el código penal que está llamado a aplicar según la competencia que se le confiere (federal o local). En otros casos resulta indispensable incorporar nuevos tipos que identifiquen las conductas delictuosas. Para atender a estas necesidades se ha planteado en la Cámara de Senadores una iniciativa de regulación reglamentaria que remite a tipos penales de los códigos vigentes o propone la incorporación de nuevos tipos penales.

Esa iniciativa, presentada el 10 de julio de 2019, considera que “es preciso realizar algunas modificaciones a la legislación penal secundaria en apego al principio de legalidad y con el ánimo de armonizar las normas secundarias con el referido mandato constitucional, en específico es necesario adecuar el texto del Código Nacional de Procedimientos Penales y de la Ley General en Materia de Delitos Electorales”.

De ahí que se deba revisar el artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales (precepto que fija las causas de procedencia de la preventiva oficiosa), además de la legislación penal electoral. Desde luego, las remisiones

que haga el Código Nacional de Procedimientos Penales ubican los supuestos de preventiva oficiosa en un solo código material —el ordenamiento federal—, a cuyos preceptos se remite, pero no establece las hipótesis que podrían invocarse en la treintena de códigos penales locales que tenemos en México.

Es evidente que el legislador secundario puede ampliar los supuestos de aplicación efectiva de la preventiva oficiosa, aprovechando los términos genéricos del texto constitucional. Por ejemplo, corresponde al legislador secundario —federal y local— disponer qué es “abuso sexual” contra menores. Otro tanto se puede decir del “robo en casa habitación”, que será caracterizado discrecionalmente por el legislador secundario. Lo mismo acerca del “ejercicio abusivo de funciones”; no existe un tipo universalmente establecido acerca de esta conducta ilícita. Idéntica observación cabe formular con respecto al “robo al transporte de carga”: ¿cualquier robo?, ¿en cualesquiera circunstancias?

La legislación de las entidades federativas —a falta de un código penal único— ofrece diversas caracterizaciones del feminicidio. Igualmente es cuestionable la referencia analógica contenida en la expresión “medios violentos *como* armas de fuego...”. El legislador secundario puede establecer, a discreción, medios violentos diversos, además del empleo de armas de fuego, que en la Constitución se menciona ejemplificativamente.

Ameritan referencia especial las reformas en materia penal fiscal sujetas a un proyecto aprobado por la Cámara de Senadores (10 de septiembre de 2019) y pendiente en la de Diputados (al momento de escribir estas líneas), proyecto que se vincula además con la relación, siempre creciente, de lo que denominamos “delincuencia organizada”,

agregando “delitos objetivo” de la organización criminal bajo modificaciones a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. De aprobarse por el Congreso de la Unión el referido proyecto se incorporarán en esta categoría delictuosa diversas conductas ilícitas previstas en el Código Fiscal de la Federación, también sujeto a reformas de intenso carácter punitivo, con propósitos fuertemente intimidatorios, además de recaudatorios. Por ello, algunos comentaristas han recurrido a la expresión “terrorismo fiscal”.

Procede formular un comentario especial acerca de los supuestos de delitos “graves” (apreciación que también hará el legislador secundario, en largas relaciones o identificaciones discrecionales) contra el “libre desarrollo de la personalidad”, un concepto muy genérico y “manejeable”. Tampoco existe una caracterización unánime en torno al bien jurídico denominado libre desarrollo de la personalidad. Generalmente se alude a violencia contra menores de edad o ilícitos sexuales, pero es claro que el Congreso de la Unión o una legislatura local pueden colocar otras figuras bajo el mismo membrete.

Vayamos ahora al denominado “uso de programas sociales con fines electorales”. A este respecto, la citada iniciativa del 10 de julio de 2019 advierte que esa figura incluida en el artículo 19 de la Constitución “no se considera como delito” en la Ley General en Materia de Delitos Electorales. Las “hipótesis delictivas que se contemplan en la Ley mencionada que se relacionan con programas sociales —sigue diciendo la exposición de motivos de la iniciativa ante el Senado— prevén únicamente las conductas de *condicionar* o bien *amenazar con suspender*, mas no refieren a su uso”. Este vacío legal —advierte la exposición de motivos— permitió el “imperio de la corrupción” en este ámbito.

Así las cosas, la iniciativa consulta la adición de dos preceptos, el artículo 7 bis y el artículo 11 bis, a fin de colmar el “vacío” y sancionar la corrupción. Los tipos que se propone agregar a la ya muy cargada normativa penal electoral, contienen caracterizaciones extremadamente amplias acerca de las conductas punibles. La redacción de aquellos preceptos justifica, incluso bajo el criterio de interpretación más laxo (pero nos hallamos en el ámbito de la normativa penal, que no acepta esta laxitud), el comentario que he formulado e invita a reflexionar sobre las implicaciones que puede tener una caracterización típica de semejante amplitud. No soy afecto a transcribir preceptos, pero me parece que en este caso es indispensable hacerlo para advertir las notorias debilidades —y los riesgos consecuentes— de los tipos penales que se pretende adoptar.

En efecto, el artículo 7 bis sanciona con severidad —no es poca cosa conminar con tres a ocho años de prisión— “a quien, utilizando bienes, fondos, servicios o beneficios relacionados con programas de naturaleza social, ejerza cualquier tipo de presión sobre el electorado para votar o abstenerse de votar por un candidato, partido político o coalición, o bien para participar o abstenerse de participar en eventos proselitistas, o para votar o abstenerse de votar por alguna opción durante el procedimiento de consulta popular”. A su turno, el artículo 11 bis —que prevé nada menos que cuatro a nueve años de prisión— sanciona “al servidor público que, durante el proceso electoral, use o permita el uso de los recursos públicos, bienes, fondos, servicios o beneficios relacionados con programas de naturaleza social con la finalidad de incidir en el electorado para posicionarse, posicionar ante el electorado a distinto

servidor público, precandidato, aspirante a candidato independiente, candidato, partido político o coalición”.

Por supuesto, algunas expresiones de estos proyectos se deben considerar al amparo de la ley electoral. A ésta recurrirán el Ministerio Público y el juzgador. Sin embargo, subsisten las ambigüedades de diversos conceptos contenidos en el artículo 7 bis. Por ejemplo: ¿a qué llamaremos —más allá de los discursos y con el rigor que exige la normativa penal— “programas de naturaleza social”?, ¿cómo interpretaremos —con ese mismo rigor— la popular expresión “electorado”?, ¿qué alcance tienen —desde muy relativo hasta absoluto, que sería abrumador— los términos “cualquier tipo de presión”?, ¿acaso no se corre el riesgo de limitar inaceptablemente la libertad de expresión?

La vaguedad del tipo penal en la propuesta de artículo 7 bis suscita más interrogantes: ¿cuál es el significado riguroso de “eventos proselitistas”?, ¿cómo identificar, para efectos penales, la presión al electorado para “votar o abstenerse de votar por una opción”?, ¿abarca esta ilicitud la totalidad del procedimiento de consulta popular y cuál es, ante todo, el alcance que debemos asignar, también para fines punitivos, a esta última expresión? Y paso al artículo 11 bis. En éste parece por lo menos cuestionable la alusión a una “finalidad de incidir en el electorado”, además del discutible empleo de palabras como “posicionarse” y “posicionar”.

Al cabo de esta larga consideración del proceso legislativo y algunos de sus avatares, observamos que una vez más el legislador constitucional —y en pos suya el reglamentario— ha desatendido el carácter, el alcance natural y los fines pertinentes de la medida cautelar, que se emplea con fines preventivos generales que le son ajenos y llega a constituir una pena anticipada. No es posible aplaudir se-

mejante orientación —o desorientación— de la preventiva, especialmente en el supuesto de la llamada oficiosa, prisión a rajatabla, sin ponderación del proceso, del procesado y de las circunstancias. Se aplica a series de sujetos, en función de series de delitos.

Como ya dije, este régimen implica un prejuicio legislativo y desecha el juicio ministerial y jurisdiccional, que debiera ser determinante de la imposición o no de la medida cautelar, caso por caso. Ignora el papel que cada actor del sistema penal debe cumplir en este complejo escenario de la persecución de los delitos a través del debido proceso. Reitero la necesidad de volver la mirada hacia la fórmula contenida en el segundo párrafo del propio artículo 19 constitucional, que faculta al juzgador para imponer la preventiva —no forzosa, sino ponderada— a solicitud razonada del Ministerio Público, en una serie de supuestos que menciona el mismo precepto.

Tal vez el legislador ha considerado que ni el Ministerio Público ni el órgano jurisdiccional podrán cumplir adecuadamente su función en las condiciones de inseguridad que prevalecen en el país, y que el acusador no se atreverá a solicitar la reclusión preventiva de sujetos que debieran hallarse en prisión mientras se tramita el proceso, razonando los motivos en los que funda su petición, y que el juzgador tampoco se atreverá a imponer la severa medida cautelar a través de una decisión que debe ser igualmente motivada.

De ser esa una de las razones para el amplio prejuicio legislativo y el desechamiento de las facultades naturales del Ministerio Público y el juez, resultaría que ni los órganos a cargo de la persecución ni los encargados de la decisión son aptos y confiables para cumplir sus cometidos, porque pueden ceder sistemáticamente ante amenazas o presiones.

También estaríamos aceptando que otros órganos del Estado no son capaces de brindar a aquéllos —como es su obligación— la protección necesaria para el buen cumplimiento de sus atribuciones. La admisión de estos factores para el establecimiento de la preventiva oficiosa constituye una flagrante confesión sobre la crisis que padece el Estado de derecho. La ineptitud del poder público en este espacio sugiere que nos hallamos en la víspera —o ya dentro— de lo que algunos analistas califican como Estado fallido.

En los preceptos transitorios del decreto de reforma constitucional —ya sabemos que muchos decretos de esta naturaleza, cada vez más, contienen abundantes artículos transitorios que encierran algunos acertijos y pueden ocultar segundas intenciones— hay normas que merecen atención. En este caso, se ha querido sujetar la aplicación de la preventiva oficiosa a una prueba de “fuego”, ciertamente indispensable: una evaluación para “determinar la continuidad de su aplicación, a partir de los cinco años cumplidos de la vigencia” de la correspondiente reforma constitucional.

Es obvio que la evaluación y la decisión final que ésta provoque se hallarán a cargo del mismo órgano que emitió la reforma, por lo menos en la primera etapa del proceso correspondiente: el Congreso de la Unión, aunque éste puede valerse del auxilio que le proporcionen otros órganos, como adelante mencionaré. Si el resultado de la revisión no queda en manos del Congreso, ¿cuál sería su fin práctico? Ojalá que se respete efectivamente el plazo señalado para la reconsideración de la medida; lo digo porque no siempre se atiende esta expresión de la voluntad constituyente, desatención que ha provocado nuevas reformas —reforma a la reforma— y flagrantes incumplimientos por omisión legislativa.

Es importante destacar que la evaluación mencionada va muy lejos, pretensión que celebro. Deberá comprender tanto “la eficacia de esta medida cautelar” —la preventiva oficiosa— como “la eficiencia del sistema penal acusatorio”, que ha tenido tropiezos. Para llevar a cabo la evaluación será preciso considerar algunos elementos —a los que se llama “críticos”— provistos por fuentes oficiales y por organismos de protección de los derechos humanos. En los términos del artículo cuarto transitorio, los parámetros deberán figurar en la ley. Empero, hasta ahora no figuran. Ya llegarán.

En mi obra, ya citada, acerca de *Seguridad y justicia penal* agregué un comentario a los que hasta aquí he formulado a propósito de la preventiva oficiosa. Hice notar entonces que el artículo quinto transitorio señaló que la aplicación del artículo 19 constitucional en los supuestos delictivos “materia del presente decreto” se hará conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución. Considero que en virtud de que se alude a los supuestos “materia del presente decreto”, habrá que atenerse a la regla de irretroactividad prevista en aquel precepto garantista, y por ello excluir la preventiva oficiosa en los procedimientos penales iniciados conforme al texto constitucional anterior a la vigencia del nuevo texto del artículo 19.

Otro punto a considerar en el examen de esta medida cautelar es la composición que tendrá la población de los reclusorios del país, esto es, cuáles serán los números correspondientes a reclusos sentenciados y cuáles los relativos a “presos sin condena”, es decir, a sujetos que la Constitución considera presuntos inocentes, pero la misma ley fundamental somete a preventiva, sea razonada, sea forzosa, oficiosa o automática.

Los observadores de la reforma constitucional han destacado una posible consecuencia, que parece obvia. Al incrementarse los supuestos de preventiva oficiosa, crecerá en alguna medida —pero crecerá— el conjunto de procesados reclusos. En consecuencia, el Estado —federal y local— deberá multiplicar de prisa los espacios destinados a reclusión, además de que debería cuidar que el internamiento en éstos se ajuste realmente a las condiciones de trato (no he dicho tratamiento, voz que espanta a cierto sector de “especialistas” en materia penitenciaria, no así a las Reglas de Mandela) que ordena la Constitución.

En los últimos años se observó un descenso de la población penitenciaria en el conjunto del país. Conforme al *Cuaderno mensual de información estadística penitenciaria* (Secretaría de Gobernación, Centro Nacional de Seguridad), en julio de 2016 la población penitenciaria del país ascendía a 234 mil personas, en números redondos, internas en establecimientos federales, locales y municipales (cuestionablemente, en este último caso). De esa cifra, 141 mil eran sentenciados, y cerca de 92,000, procesados. Evidentemente, era muy alto el número de presos sin condena. En diciembre de 2018, según datos de la Comisión Nacional de Seguridad, la población penitenciaria total era de 197,988 reclusos. De éstos, poco más de 122 mil habían sido sentenciados y más de 72 mil se hallaban sujetos a proceso. El número de procesados seguía siendo muy elevado, y desproporcionadamente alto en relación con la cifra de sentenciados.

* * *

A continuación me referiré a otro paso regresivo en la reforma constitucional de 2019, que ésta heredó de la correspon-

diente a 2008, calificada como “ambigua” por su doble raíz en la democracia y el autoritarismo, extrañamente concertados en un mismo texto constitucional. La ambigüedad que se muestra en la preventiva oficiosa también queda a la vista en la llamada extinción de dominio, a la que insistentemente —y no por un *lapsus calami*— he designado como privación de dominio.

Diré por qué utilizo ambos términos, el que consagra la Constitución y el que yo prefiero, para aludir a la misma figura enmarcada en el espacio constitucional. El *Diccionario* de la Real Academia, que suelo consultar y cuya consulta también haría bien al legislador, aunque se trate del solemne constituyente, alude a la extinción como un proceso de declinación: se extinguen, en efecto, el sentimiento, el amor, una llama que se apaga, la vida misma. En cambio, la privación es una sanción, desposesión, retiro de un bien o un derecho. El texto constitucional se refiere al tema que aquí me ocupa como “extinción”, cuando en realidad se trata de privación, castigo, supresión por acto de autoridad del derecho que un sujeto tiene o considera tener sobre cierto bien material. En consecuencia, hablaré indistintamente de privación o —en homenaje a la ley suprema— de extinción.

Nuestra Constitución ha proscrito, desde siempre, la confiscación de bienes, relacionada con regímenes penales fuertemente autoritarios. Empero, el artículo 22 de la ley suprema excluye expresamente de esa denominación —y, por lo tanto, de la correspondiente prohibición— determinadas medidas que considera menos graves, incisivas, invasivas, o bien, en todo caso, más justificadas que la confiscación. Trátase, por ejemplo, de la aplicación de bienes para atender la reparación del daño o el abandono de aquéllos por parte de su titular o tenedor, hipótesis esta última que

suscita algunas dudas. Pero no me ocuparé de ella, que antes de ahora he examinado en algunos trabajos destinados a otras reformas constitucionales. Entre las figuras aceptadas por el constituyente y que no implican, según éste, confiscación, se halla la extinción o privación de dominio, palabra que denota propiedad, aun cuando el nuevo régimen constitucional abarca igualmente el retiro de posesión.

Como hice en el examen de la preventiva oficiosa, mencionaré aquí los motivos que condujeron al legislador a adoptar esta controvertida figura. En el eje de la consideración legislativa se halla un argumento impecable: es preciso privar a los delincuentes de los instrumentos materiales, recursos, bienes, herramientas, numerario, etcétera, de que se valen para delinquir, y también es necesario desalentar las actividades criminales privando a sus actores de los beneficios que esas actividades generan y que en ocasiones son cuantiosos.

En estos casos, la acción del poder público opera sobre bienes materiales, que pudieran quedar abarcados bajo el concepto de propiedad o alguna de sus colindancias o derivaciones. Por supuesto, estas situaciones pueden presentarse en ámbitos muy diversos, gobernados por el apetito de poder o de riqueza, al amparo de la violencia o del ingenio. Vienen al caso tanto el tráfico de drogas como la trata de personas, el abuso del poder y la defraudación en gran escala, y así sucesivamente.

Quienes han visto con interés y simpatía la consagración legal de procedimientos que constituyen lo que ahora denominamos privación de dominio, invocan los buenos resultados que estas medidas arrojan en otros países. Se ha citado a los Estados Unidos y a Colombia, por ejemplo. La revisión de experiencias foráneas —sin cotejo entre las

circunstancias que prevalecen en aquellos medios y las que existen entre nosotros— ha generado no pocas novedades en el ámbito de la persecución penal. Esa revisión dio pábulo a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, a la que me referí en páginas anteriores y que fue adoptada con entusiasmo legislativo.

Por supuesto, la discusión sobre los fines —que permite llegar a conclusiones pacíficamente aceptadas, en las que todos coincidimos— no cierra el examen de esta materia. Resta el debate sobre los medios para alcanzar aquéllos, en la inteligencia de que el fin no necesariamente justifica los medios y de que es preciso acreditar específicamente la legitimidad de éstos para que el Estado los incluya en el orden jurídico y no naufrague en concesiones, alentadas por la ilusión, la ignorancia o la demagogia.

Como señalé, la privación de dominio ingresó en la Constitución a través de la ambigua reforma de 2008. Ésta instaló la figura en el artículo 22, entre las medidas que no deben ser consideradas confiscatorias. En el dictamen con el que las comisiones de diputados apoyaron la propuesta de extinción de dominio se dijo que “tiene como objetivo el enfrentar a la delincuencia de manera sistémica, afectando directamente a la economía del crimen, aumentando sus costos y reduciendo sus ganancias, así como el ataque frontal a los factores que causan, asocian, propician o promueven el comportamiento delictivo”.

Plausible designio, sin duda. Ahora bien, para alcanzarlo ya se contaba con los instrumentos idóneos, largamente trabajados por el orden penal y siempre pendientes —como todos los instrumentos: desde los musicales hasta los penales— de la mano competente que los utilice. Aquéllos eran, en el ámbito procesal, el proceso mismo y el aseguramiento

de bienes —medida cautelar material—, y en el penal sustantivo, la pena de decomiso.

Por supuesto, el empleo de esos medios corría parejo a un conjunto de garantías inherentes a lo que llamamos Estado de derecho y, dentro de éste, debido proceso penal. Entre esas garantías figuraban la comprobación del delito (aunque la medida cautelar material no requiere plena comprobación) y de la responsabilidad de una persona, acreditadas con pruebas suficientes en el curso del proceso penal, que culminaba en sentencia de condena. Obviamente.

Empero, ese arsenal legítimo no pareció suficiente o eficaz. Los errores, desaciertos, extravíos y desviaciones que hemos padecido sugirieron la necesidad de contar con otros medios para alcanzar el mismo resultado. Es más fácil crear disposiciones draconianas que proveer, también draconianamente, a la eficiencia de las instituciones. En consecuencia, pareció preciso agilizar, aligerar, moderar, ajustar los procedimientos y obtener por otras vías la privación de bienes.

Para alcanzar esos objetivos era necesario reducir el aparato de garantías, sustituido por un método fulminante que permitiera disponer de esos bienes en forma inmediata. Sería preciso pasar por alto, al menos de primera intención, los derechos e intereses de individuos inocentes (ya se vería la forma de ampararlos o compensarlos), y extraer la privación de dominio del marco riguroso del orden penal, trasladándolo a otro ámbito. No importó que esta medida tuviera una evidente naturaleza penal atendiendo a sus motivos y a sus consecuencias. El escollo planteado por la naturaleza de la medida sería removido a través de un escamoteo: para eso sirven el ingenio y el poder del legislador, que creó (inventó) un procedimiento autónomo. La reforma de 2008

pontificó, en un acto de mágica transmutación: el procedimiento de extinción “será jurisdiccional y autónomo de la materia penal”.

El dictamen emitido entonces por los diputados que favorecieron la privación o extinción de dominio manifestó lo que ya he dicho acerca de la intención del legislador, y agregó: para tal fin, ciertamente plausible, se ha querido “encontrar una herramienta eficaz que coadyuve a desmembrar las organizaciones delictivas y limitar sus efectos nocivos, impedir que se reproduzcan, pero principalmente decomisar (gloso: nótese que se habla de decomisar, medida de inequívoco carácter penal) sus activos”.

Con este propósito se estableció la privación, bajo el mencionado procedimiento “jurisdiccional y autónomo de la materia penal”. Pero esta autonomía —que se ha regulado con énfasis— ignora que, como tanto hemos señalado, todos los supuestos de aplicación de la medida son inequívocamente delictuosos. En los términos de la innovadora —para México, no para otras latitudes— disposición, esos supuestos fueron delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas. No es necesario destacar que todas estas conductas se hallan contempladas en el Código Penal —o en leyes penales especiales; así, la Ley General de Salud— y que todas deben ser perseguidas, en consecuencia, conforme al enjuiciamiento penal que culmine en sentencia. Si ésta es condenatoria, el aseguramiento —medida cautelar— podrá convertirse en decomiso.

No voy más allá en la lógica —o ilógica— de las estipulaciones de 2008, que examiné en mi libro *La reforma penal constitucional*, porque el objetivo de este trabajo es la nueva versión del artículo 22 constitucional, derivada de la refor-

ma de 2019, a la que siguió un ordenamiento reglamentario sobre extinción de dominio que fue tema de encendidas controversias, cuyos ecos van disminuyendo. En el precepto vigente se insiste en el desacierto de sostener que el Ministerio Público ejercitará la acción de privación de dominio “a través de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza civil y autónomo del penal”.

Por lo pronto, la reforma al artículo 22 en materia de extinción de dominio se adoptó junto con otra al artículo 73, fracción XXX, que facultó al Congreso de la Unión para expedir la “legislación única... sobre extinción de dominio en los términos del artículo 22 de esta Constitución”. En ejercicio de esta facultad —que constituye, notoriamente, otro “ajuste” al régimen federal, entre los varios que ha recibido a propósito de la persecución de delitos, por conducto de la fracción XXI del mismo precepto— el legislador federal ha emitido una ley de procedimiento a la que adelante me referiré. Lo que puedo destacar desde ahora es que esta novedad, asociada al régimen del artículo 22, constitucionaliza la trinidad —o dispersión— de sistemas de enjuiciamiento con sustento en ilícitos penales, dispersión iniciada por la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada y acogida por la propia Constitución en la ambigua reforma de 2008.

Recapitulemos: a partir de 2008 y hasta el nuevo paso de 2019 teníamos dos sistemas penales amparados por la Constitución: el ordinario, con garantías razonables, de apreciable amplitud, y el especial para imputados por delincuencia organizada y otros supuestos. Ahora contamos con tres: los dos que ya mencioné, y el aportado por la reforma de 2019 acerca de la extinción de dominio, que, como he señalado, niega su carácter penal, pero reviste in-

cuestionablemente esta naturaleza, tomando en cuenta los motivos que lo desencadenan y la consecuencia que arroja (además de los efectos que genera sobre la marcha, como abajo mencionaré). ¿No son éstos los elementos que distinguen al régimen penal?

Reitero en este punto lo que he comentado en el libro *Seguridad y justicia penal*: la norma estipula que esta privación —o extinción, si se prefiere— “será procedente sobre bienes de carácter patrimonial (*gloso: se incorpora de tal suerte un discutible deslinde entre bienes de diversa naturaleza*) cuya procedencia legítima no pueda acreditarse (*gloso: a través de pruebas o datos de prueba o elementos probatorios, como se quiera decirlo, que suministre la persona afectada por la privación: se invierte, pues, la carga de la prueba, gravísima expresión del orden penal autoritario*) y se encuentren relacionados (*gloso: es decir, incluidos, considerados, vinculados*) con las investigaciones derivadas de hechos (*glosa final: de naturaleza evidentemente penal*) de corrupción, encubrimiento, delitos cometidos por servidores públicos, delincuencia organizada, robo de vehículos, recursos de procedencia ilícita, delitos contra la salud, secuestro, extorsión, trata de personas y delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos y petroquímicos”.

Como se advierte, la ampliación del catálogo delictuoso de esta medida “no penal”, que en realidad es “penal” por todos conceptos, es mucho más extenso que el considerado por la fórmula original de 2008. Abarca supuestos de gran amplitud, cuya precisión corresponde a la ley reglamentaria, que pueden traer consigo infinidad de comportamientos en los que quizá no ha pensado seriamente el autor de esta regulación. Este comentario es válido no sólo para la delincuencia organizada —una figura muy elástica, que el legislador revisa y puede revisar con frecuencia, sin esta-

blecer la entidad de ese concepto—, sino también para la corrupción, el encubrimiento (¿de qué delitos?), los ilícitos cometidos por servidores públicos (cuya relación es amplísima) y los delitos relacionados con hidrocarburos, petrolíferos y petroquímicos.

Menos mal —pero tampoco muy bien, porque no es suficiente— que la norma constitucional ha contemplado una suerte de “tabla de salvación” para el tenedor inocente de bienes sobre los que cae la medida de extinción: tiene acceso a medios de defensa adecuados para demostrar (ya me referí a la inversión de la carga de la prueba) la procedencia legítima del bien sujeto al procedimiento. Es decir: el justiciable deberá probar que su conducta se ajusta a la ley. Esto ahorra cargas probatorias al Estado, que puede aguardar, expectante, la iniciativa del particular.

Mencioné que se ha emitido una ley reglamentaria de la figura que ahora comento. La federalización —o centralización— de la materia se instala sobre la reforma, ya invocada, a la fracción XXX del artículo 73 constitucional, que faculta al Congreso de la Unión para “expedir la legislación única en materia civil y familiar, así como sobre extinción de dominio en los términos del artículo 22 de esta Constitución”. Curioso emplazamiento el de esta norma distributiva de atribuciones legislativas: agrupa tres materias, la civil y familiar, afines entre sí, y la concerniente a la extinción de dominio, cuya naturaleza civil resulta muy forzada, por decir lo menos. Empero, la genuina naturaleza de esta regulación queda a la vista en tanto la propia fracción XXX relaciona el punto, directamente, con el artículo 22 de la ley suprema, ubicado en el marco de las decisiones penales constitucionales.

El proceso legislativo de este ordenamiento reglamentario provocó gran debate, que finalmente se “extinguió” merced al voto de la mayoría en el Congreso de la Unión. La Ley Nacional de Extinción de Dominio fue publicada el 25 de julio de 2019. En la expresión de los motivos se invocan antecedentes en Estados Unidos, Honduras, Guatemala, Colombia, Italia, Brasil y Argentina. Esa ley se refiere a once categorías distintas de delitos, que a su vez implican muy numerosas conductas; aquéllos constan en cinco leyes o códigos del orden federal o general, además de la Ley General de Salud y otros ordenamientos de carácter local.

La ley de referencia constituye un verdadero código de procedimientos (penales, aunque se sostenga otra cosa), por lo que el orden jurídico-penal mexicano ya cuenta con tres sistemas, como dije *supra*: ordinario para la generalidad de los delitos; especial para delincuencia organizada y supuestos asimilados, y paralelo o *ad hoc* para la extinción de dominio.

La misma Ley Nacional señala cuáles son los bienes de origen ilícito (artículo 7o.): aquellos cuya legítima procedencia no puede acreditarse, “en particular bienes que sean instrumento, objeto o producto de hechos ilícitos”, que figuran en una relación de hipótesis específicas. Sin embargo, la fracción III del precepto enuncia simplemente: “bienes respecto de los cuales el titular del bien no acredite la procedencia lícita de éstos”. Quizá una interpretación razonable deberá vincular esta fórmula con la relación de ilícitos contenida en la ley (artículo 1o., fracción V), a fin de que la connotación no resulte excesiva y mantenga el nexo de los bienes con supuestos delitos.

Es posible que la autoridad asegure un bien sin que exista prueba sobre los hechos delictivos y la responsabilidad

del sujeto afectado, y que disponga de ese bien donándolo, vendiéndolo en subasta o asignándolo a un programa de beneficio público. La denominada “disposición anticipada” consiste en la “asignación de los bienes durante el proceso de extinción de dominio previo a la emisión de la resolución definitiva para su uso, usufructo, asignación o aprovechamiento de los bienes, para programas sociales o políticas públicas prioritarias” (artículo 2o., fracción VI). Se habla de “venta anticipada”, que es la “enajenación de bienes previo a la emisión de la sentencia definitiva en materia de extinción de dominio” (artículo 2o., fracción XXI).

Cuando los bienes se transfieren a la autoridad administrativa, ésta “podrá proceder a la venta o disposición anticipada” de aquéllos en varios supuestos (artículo 227). Es posible que esa disposición anticipada se resuelva en favor de dependencias o entidades, bajo cualquier forma de transmisión de la propiedad, a través de licitación o adjudicación directa, y por donación (artículo 230). También es posible recurrir al comodato (artículo 231).

La referencia a una asignación de bienes en atención a “políticas públicas prioritarias” sugiere disposición sumaria a juicio de la autoridad administrativa. Es relevante señalar que la formulación y coordinación del destino o valor de los bienes en el fuero federal corresponde a un gabinete, nada menos, denominado Gabinete Social de la Presidencia de la República, “instancia colegiada de formulación y coordinación del destino de los Bienes (*sic*) afectos a la enajenación, o bien, de su Monetización” (*sic*) (artículo 2o., fracción XI).

Con sustento en la Constitución, el llamado “proceso especial de extinción de dominio” —al que podemos denominar, con propiedad, “proceso penal especial” de aquella materia—, que se insiste en deslindar del penal, tiene

naturaleza civil y carácter patrimonial autónomo, distinto e independiente del penal (artículo 8o.). Corre por dos etapas: preparatoria, ante el Ministerio Público, y judicial. El Ministerio Público debe solicitar al juez la adopción de medidas cautelares. Los poderes judiciales federal y locales designarán juzgadores especializados en este ramo. Observaré, por último, que también aquí es posible el empleo de atractivos monetarios en favor de quien “colabore con la justicia”: la persona que brinde información efectiva para la extinción de dominio podrá recibir, en correspondencia, hasta el cinco por ciento del producto de los bienes (artículo 16).

Si el procedimiento de marras culmina con resolución que reconozca el buen derecho del tenedor del bien y, en tal virtud, el exceso cometido por la autoridad que dispuso de aquél, puede haber compensación para el agraviado, dentro de ciertos límites que pudieran resultar insatisfactorios para reparar el entuerto: se pagará el producto de la venta más rendimientos, frutos y accesorios, menos gastos de administración. Si el bien fue destruido o donado o por otro motivo no es posible devolverlo, se pagará conforme al valor de avalúo al tiempo del aseguramiento (no al tiempo en que se hace la compensación).

* * *

Hay otras disposiciones relevantes en este panorama de regresión o autoritarismo penal que conviene comentar ahora, porque son expresiones de la desviación del orden punitivo que se ha manifestado en las reformas anteriormente examinadas. Veamos algunas disposiciones de ese carácter inquietante.

El 31 de julio de 2019 se publicó en el *Periódico Oficial* del estado de Tabasco un conjunto de reformas al Código Penal de esa entidad federativa. La ocurrente opinión pública las bautizó con el expresivo nombre de “ley garrote”. Los críticos hicieron notar que se trataba de establecer —“a modo”, se dijo— medidas penales severas para serenar el ánimo de opositores a ciertas obras o programas emprendidos por el gobierno —federal o local—, mediante acciones de resistencia de diverso carácter, no necesariamente violentas. Esa resistencia puede quedar comprendida dentro de lo que se suele denominar desobediencia civil, y desde luego no es desconocida —por el contrario, ha sido frecuentemente practicada— en la vida política del país en años recientes. Pero nuestra memoria no siempre mantiene vivo el recuerdo de ocurrencias que vimos, en lustros recientes, en ciudades y carreteras del país, escenarios de inconformidades políticas.

El legislador de Tabasco revisó algunos preceptos del Código Penal e incluyó algún otro para punir esas acciones. Al hacerlo descuidó la tutela que merecen y reclaman ciertos derechos fundamentales, con nicho constitucional, como la libertad de expresión, la libertad de reunión y el libre tránsito. Por supuesto, todos los derechos tienen un límite, pero también debiera tenerlo el legislador cuando acota penalmente el ejercicio de derechos fundamentales. Y este cuidado escrupuloso no sólo atañe a la formulación de tipos —que debe sujetarse a reglas estrictas, bajo los principios de legitimidad y legalidad—, sino también a la previsión de punibilidades, que deben respetar el principio de proporcionalidad que consagra el primer párrafo del artículo 22 de la Constitución general de la República.

La exposición de motivos de la reforma al Código Penal se ocupa, con cierto detalle, de los cambios de regulación acerca del delito de extorsión, cuya frecuencia y gravedad son notorias, y también alude a ilícitos relacionados con la ejecución de trabajos u obras. El legislador reconoce, genéricamente, que las normas penales sirven al propósito de sancionar, inhibir o reprimir conductas que atentan contra “ciertos bienes jurídicos y que por su relevancia ameritan su protección a través de esta rama del derecho”. También alude a lo que denomina “la facultad configurativa para diseñar la política criminal del Estado con base en la incidencia delictiva y su impacto, de conformidad al principio de legalidad constitucional —proporcionalidad y razonabilidad jurídica— a fin [de] que la aplicación de la pena sea conforme mandata” el párrafo primero, *in fine*, del artículo 22 de la Constitución: pena “proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”.

Con estas bases, sumadas a la determinante experiencia política de días recientes —aunque sin recordar las experiencias del mismo carácter acumuladas hace algunos años—, el artículo 196 bis de ese código sanciona a quien “careciendo de facultad legal, impida o trate de impedir por cualquier medio, la ejecución de trabajos u obras privadas” u “obstruya el acceso de personal o de maquinaria al lugar destinado” a tales obras.

Como es fácil advertir, el legislador impone la misma pena en los supuestos de tentativa y delito consumado. Además, al señalar que es penalmente típica la conducta de quien actúe por cualquier medio está llevando la punición a extremos insostenibles: sería delictuosa, por ejemplo, la conducta de quien trate de impedir (es decir, incurra en tentativa) aquella ejecución de trabajos u obras privadas por

medio de proclamas, discursos o expresiones proferidas en foros públicos o privados: es evidente que todo esto queda comprendido bajo la expresión “cualquier medio”.

El mismo precepto incrimina las conductas mencionadas en supuestos de “ejecución de trabajos u obras privadas”. ¿Cuál es el alcance de semejante expresión, literalmente? La elaboración de un proyecto, la fragua de una estatua, la deliberación sobre ciertas tareas, etcétera, etcétera, ¿forman filas en esos trabajos privados cuya custodia amerita represión penal? Poner en una carretera una valla fácilmente removible o colocar piedras en el camino, que pueda sortear el caminante, ¿es obstruir el acceso de personal o maquinaria, en forma que amerite represión penal?, ¿se incluye cualquier objeto que posea la calidad de “maquinaria”? Reitero: siempre en términos de la exacta aplicación de la ley penal que invoca el artículo 14 de la Constitución.

Esas conductas —tentativa o delito consumado— realizadas a través de medios tan vagamente descritos, acerca de obras o trabajos tan genéricamente mencionados, se sancionan con gran dureza, mucho mayor que las leves consecuencias que acarrearón bajo la antigua legislación. Ahora, nada menos: de seis a trece años de prisión —esto es, buena parte de la vida de una persona común—, pena que puede ser de nueve a diecinueve años y medio en supuestos calificados. No perdamos de vista que entre las calificativas que determinan semejante agravamiento figura, sólo por ejemplo, la solicitud que se haga por interpósita persona de alguna dádiva, esto es, de alguna cosa (en los términos del *Diccionario* de la Real Academia).

Veamos otra figura penal aportada por el legislador de Tabasco en el artículo 299. En ella se sanciona —una vez más— a quien “impida o trate de impedir (tentativa) por

cualquier medio la ejecución de trabajos u obras públicos” (nótese esta calidad, diferente de la exigida por el artículo 196 bis, que antes mencioné) legalmente ordenados o autorizados, así como a quien “obstruya el acceso de personal o de maquinaria” para la ejecución de esas obras. En estas hipótesis, que ameritan los mismos comentarios que hice en relación con las anteriores, la punibilidad es la misma que vimos: de seis a trece años para el delito simple, pena que se puede incrementar en una mitad más cuando se incurra en las calificativas previstas en el mismo precepto; es decir, el mínimo se elevará a nueve años y el máximo a diecinueve años y medio. No se anda con medias tintas el legislador, interesado en la fluida operación de obras, trabajos y vialidades.

Según el nuevo texto del artículo 307 del Código Penal, se sancionará con dos a diez años de prisión a quien “interrumpa o dificulte el servicio público local de comunicación, destruyendo o dañando... algún medio local de transporte público de pasajeros o de carga”. Vale la pena precisar el alcance que pueden tener algunas expresiones empleadas por la reforma penal en Tabasco. Así, interrumpir y dificultar. Esta última voz —recúrrase de nuevo a las acepciones académicas, e incluso al significado de las palabras en el uso general— abarca innumerables aplicaciones: desde levísimas, irrelevantes, hasta muy severas. También hay diferencia entre destruir y dañar; esto último comprende una extensa variedad de posibilidades. Por cierto, el nuevo texto del artículo 308 se refiere también a obstruir, interrumpir o dificultar el “servicio público local de comunicación”, muy parecido (o idéntico, al menos parcialmente) al previsto en el artículo anterior. La técnica legislativa no ha sido impecable.

En cuanto a las punibilidades, el supuesto básico considerado en el artículo 307 trae consigo entre dos y diez años de privación de libertad, y el calificado determina incrementos en una tercera parte. Opera la calificativa cuando el medio de transporte público de pasajeros o de carga está ocupado “por una o más personas”, es decir —en hipótesis—, por el conductor solitario o por éste y algún acompañante, cuya transportación se ha “dificultado” por el daño —cualquier daño— que el agente causa al transporte.

El artículo 308 bis, novedad introducida en 2019, contempla un conjunto de hipótesis en las que también se mezclan la tentativa y el delito consumado, pero además vuelven al escenario conductas previstas en otros preceptos. Veamos: se sanciona “al que extorsione, coercione, intente imponer o imponga cuotas, e impida total o parcialmente el libre tránsito de personas, vehículos, maquinaria, equipo especializado o similar para la ejecución de trabajos u obras públicas o privadas en las vías y medios de comunicación de jurisdicción local”. Un intérprete laborioso podría ensayar el deslinde entre supuestos recogidos por los preceptos que he mencionado, pero quizá convendremos en que estas fórmulas abonan a la oscuridad de la regulación y, por lo tanto, sirven mal, muy mal, al principio de tipicidad.

Finalmente, observaré que el artículo 308 bis señala prisión de entre seis y trece años para el supuesto general al que me he referido en las líneas precedentes, y dispone un incremento de la mitad de dicha sanción cuando “el sujeto activo se haga acompañar de personas menores de edad o se emplee violencia”. Ese acompañamiento —que refleja hechos bien conocidos— tampoco sirve a la buena determinación de las conductas que deben ser sancionadas con las penas graves que previene el artículo 308 bis.

* * *

Una orientación del mismo signo regresivo aparece en las reformas al Código Penal del Distrito Federal (hoy Ciudad de México) publicadas en la correspondiente *Gaceta Oficial* del 1o. de agosto de 2019. Estas reformas atañen a diversas figuras de ese ordenamiento, anteriores o actuales, que el legislador ha revisado: reincidencia, feminicidio, robo, extorsión, despojo y delitos contra la procuración y administración de justicia. El resultado de la revisión es un agravamiento del sistema penal a través de tipos ampliados y punibilidades crecientes.

Desde luego, el cimiento social y político de estas modificaciones obedece al problema que ha determinado otros cambios en el mismo ámbito, a los que me he venido refiriendo: la situación de inseguridad que nos aqueja y el notorio incremento de la criminalidad —notorio desde la doble perspectiva de la percepción y de la realidad ponderada a través de cifras duras— que hemos padecido desde hace tiempo y continuamos sufriendo ahora mismo.

Esta situación abarca tanto el crimen organizado —que se combate en los términos de la legislación federal— como el crimen tradicional —al que se aplica, o se pretende aplicar, las leyes federal y común, en sus respectivos espacios de competencia—. En este punto de mis comentarios aludo a los temas delincuenciales en la Ciudad de México y a la reacción normativa penal en la misma entidad federativa.

En la reforma penal de la Ciudad de México figura un nuevo tratamiento para los casos de reincidencia, conforme a un concepto de ésta que posee implicaciones penales rigurosas. No omitiré recordar que el régimen penal de la reincidencia ha sido objeto de intensos debates, desarrollados

en México desde hace muchos años. El punto a resolver es la punición del reincidente por su reiterada conducta delictiva —esto es, por ser reincidente, lo que implica, en cierto modo, un *bis in idem* penal—, además de la sanción que le corresponde por el delito últimamente cometido.

Las reformas al Código Penal de la Ciudad de México retornan al régimen abandonado por el Nuevo Código Penal. Acogen la tendencia más severa y optan por aplicar al reincidente consecuencias punitivas en virtud de la reiteración delictuosa, además de las aplicables por el nuevo delito. Además, se imponen medidas procesales de mayor severidad como efecto automático —o razonado— de la reincidencia. En el fondo de esta concepción late el concepto positivista de “peligrosidad” y anida el derecho penal de autor, no de acto o conducta.

Esta tendencia invoca en su favor argumentos de defensa social que suelen contar con opiniones favorables en una sociedad asediada por el delito: la necesidad imperiosa de contener la criminalidad, operando para ello en todos los frentes que pueda cubrir el Estado (sin advertir, por lo demás, que el problema puede derivar de la ineficacia del poder público en alguno o algunos de esos frentes, ineficacia que lleva a recurrir a medidas como la que ahora comentamos). Subrayo aquella condición —grave criminalidad, exacerbada, y angustia social— para destacar los datos de la realidad que sustentan el nuevo régimen de la reincidencia, en el que hemos caído a causa de nuestra impotencia para enfrentar la criminalidad con otras medidas.

La corriente más liberal sostiene, en cambio, que no es debido sancionar al sujeto por partida doble: tanto por el delito que actualmente ha perpetrado, como por su condición de reincidente. Ésta resulta de haber cometido delitos

con anterioridad, pero esos ilícitos previos ya han sido juzgados, (a menudo) el autor fue condenado por ellos y (regularmente) cumplió la sanción que se le impuso.

En consecuencia —aduce esta corriente penal liberal—, el agravamiento de la pena en caso de reincidencia implica un doble castigo en el que se reúnen la pena por el nuevo delito y el agravamiento (en esencia, una pena añadida: *bis in idem*) que proviene del delito anterior. Conforme a esta corriente, la punición sólo debe tomar en cuenta —bajo reglas objetivas de individualización penal— la sanción correspondiente a ese nuevo delito.

En la reforma comentada se incorporan al Código Penal los artículos 29 bis y 29 ter. El primero define al reincidente (no a la reincidencia): es la persona “condenada en virtud de sentencia que haya causado ejecutoria o terminación anticipada en materia penal (*gloso: terminación anticipada mediante los procedimientos alternos previstos en el Código Nacional de Procedimientos Penales*), dictada por cualquier juez o tribunal (*gloso: se entiende, pues, que esa sentencia puede provenir de un órgano jurisdiccional de distinto fuero*), y que se le condene por la comisión de un nuevo delito doloso calificado como grave (*gloso: quedan fuera los delitos culposos; dentro, los que la ley identifica como graves*) o que amerite prisión preventiva oficiosa (*gloso: de esta suerte, la anómala figura de la preventiva oficiosa arroja consecuencias para el agravamiento de la pena, como adelante señalaré*), siempre y cuando no haya transcurrido, desde el cumplimiento de la condena, un término igual al de la prescripción de la sanción penal, salvo el caso de los delitos imprescriptibles (*gloso: lo que prescribe no es el delito, sino la potestad de persecución o de ejecución por parte del Estado*) establecidos en leyes generales (*gloso: quedan fuera los supuestos de imprescriptibilidad que pudiera figurar en leyes de otro carácter; dentro, sólo las previstas como generales en la Constitución*).

Conforme al artículo 29 ter, se tomará en cuenta la reincidencia tanto para la individualización judicial de la pena como para el otorgamiento o no de los beneficios o de los sustitutivos penales legalmente previstos. Puesto en otra forma —implícita en este precepto—, el juez aplicará al sujeto una sanción mayor (¿cómo podría ser menor y ni siquiera igual?) a la que impondría si no hubiera reincidencia: pena agravada o doble pena, en los términos que mencioné en líneas anteriores. Además, queda claro que la “sugerencia” legal es prescindir de sustitutivos penales, a pesar de que éstos obedecen a una lógica de racionalidad penal que difícilmente podría operar en la hipótesis a la que me estoy refiriendo.

La consecuencia punitiva más severa, en la que se reflejan la duplicación o el agravamiento mecánico de la pena, aparece en los supuestos de reincidencia en delito doloso que la ley considere grave o que amerite prisión preventiva oficiosa (al respecto, me remito al comentario que he formulado acerca de esta figura). En esos casos, la sanción por el último delito cometido (esto es, por la conducta que actualmente se halla sujeta al conocimiento del juzgador) “se incrementará en dos terceras partes y hasta en un tanto más de la pena prevista para éste”, sin exceder del máximo estipulado por el artículo 33 del Código Penal de la Ciudad de México: setenta años de prisión (punibilidad inconsecuente con el fin primordial de la pena, señalado en el artículo 18 de la Constitución). Nótese que el tribunal se halla vinculado por el legislador; éste dispone, imperiosamente, el agravamiento de la pena; el artículo 29 ter resuelve que la sanción aplicable al nuevo delito cometido “se incrementará”; no indica que “se podrá incrementar”. El arbitrio judicial queda excluido en importante medida.

Se ha observado una creciente reacción violenta de los delincuentes en contra de la autoridad que los enfrenta. Por ello, el legislador de la Ciudad ha creado una calificativa en el artículo 138 bis, relativa al delito de homicidio, que ordena al juzgador —no lo faculta; hay régimen legal que el tribunal no podría desatender— agravar en una tercera parte la pena de prisión que correspondería al supuesto básico del delito cometido. En cambio, se ha derogado el artículo 287, que se refería al delito de ultrajes a la autoridad. Esta disposición fue declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia.

El artículo 148 bis aborda una materia especialmente delicada, que ha promovido indignación social y generado propósitos punitivos de graves conductas ilícitas, que generalmente han quedado —a pesar de esas plausibles intenciones— en la impunidad: violencia en contra de la mujer, con privación de la vida. El feminicidio es un delito de reciente incorporación en la ley nacional, que también se ha reconocido —y discutido— en otras legislaciones.

Hay autores que favorecen, siguiendo un extendido planteamiento de grupos sociales, la tipificación específica de la violencia contra las mujeres; y los hay que sugieren retener para estos casos las figuras ya existentes —lesiones y homicidio—, y en todo caso agregar calificativas destinadas a sancionar con mayor severidad la violencia que agravia a una mujer.

En el mismo marco, es posible discutir si se debe considerar feminicidio la privación ilícita de la vida de una mujer en cualquier circunstancia, o si aquella caracterización se debe aplicar solamente cuando la conducta del agresor obedezca a razones de género, esto es, al hecho de que la víctima sea una mujer. En este último supuesto vienen a

cuentas los factores, los motivos, la finalidad, el objetivo, el designio del agente al causar la muerte a una mujer, precisamente. Se trataría de un delito con doble propósito, si se permite la expresión: privar de la vida y satisfacer una intención o finalidad específica, “feminifóbica”, del autor.

El artículo 148 bis del Código Penal de la Ciudad de México describe el feminicidio: comete este delito “quien, por razones de género, prive de la vida a una mujer”. De esta caracterización se desprende que sólo habrá feminicidio cuando la privación de la vida obedezca a razones (sería mejor decir “motivos”) de género, no en otros casos. En seguida, el mismo precepto establece una amplia lista de situaciones o hipótesis en las que se considera —*ope legis*— que hubo razones de género para privar de la vida a la mujer.

No discutiré la naturaleza o idoneidad de esas hipótesis en los términos del texto preexistente, pero tampoco se podría ignorar que algunos de los supuestos aportados por la reforma de 2019 difícilmente acreditan una “razón de género” que permita distinguir entre el homicidio —privación de la vida de cualquier persona, ordinariamente un varón— y lo que podríamos considerar verdadero o genuino feminicidio —privación de la vida en razón del género de la víctima—.

Entre esos supuestos de dudosa y discutible naturaleza —para los efectos de caracterizar la privación de la vida por motivos de género— figuran, por ejemplo, la realización de actos de necrofilia, la comisión de “cualquier (*gloso: así, tan ampliamente*) tipo de violencia en el ámbito familiar, laboral o escolar de la víctima”, la existencia de una relación de “confianza” entre victimario y víctima, “cualquier... relación de hecho o amistad” entre aquéllos, y la indefensión de

la víctima. Sea lo que fuere, la punibilidad prevista para el feminicidio excede, con mucho, de la establecida para otras conductas de suma gravedad: de treinta y cinco a setenta años de prisión.

En el régimen penal del robo, la reforma de 2019 contiene aportaciones interesantes. Así, a propósito de la determinación de la cuantía del robo simple o básico, que tiene relevancia para fijar la punibilidad correspondiente. Para efectos de “reparación integral” del daño (diferente de la determinación de la cuantía del robo) se atenderá únicamente al valor de mercado de la cosa sustraída en el momento del apoderamiento (artículo 220). Si se trata de verdadera reparación integral, es decir, reparación que tome en cuenta todas las implicaciones del daño causado, para resarcir de veras a la víctima, parece conveniente analizar la inclusión legal de otros datos que correspondan a esas implicaciones: valor inmaterial conforme a las circunstancias del caso, y daños y perjuicios derivados directamente del apoderamiento ilícito.

El artículo 224, reformado con reordenación de tipos penales, agrava la pena cuando el robo se refiere a partes de vehículo automotriz (*gloso: de muy diversa naturaleza, importancia y necesidad*), teléfonos celulares, mediante el empleo de una motocicleta (*gloso: no se dice lo mismo en relación con otros vehículos de los que puede valerse el agente*). También hay agravamiento si el robo recae sobre vehículo automotriz o se comete en casa habitada. Igualmente, cuando el perpetrador se vale de instrumentos que generen riesgo o amenaza para la víctima, aunque en este caso se equipara el uso de instrumentos peligrosos y armas blancas, con el empleo de objetos de “apariencia similar”, que pudieran ser inofensivos.

La reforma de 2019 al Código Penal de la Ciudad de México —reflejo del reclamo social y la frustración preven-

tiva— también incrementa las punibilidades y contempla nuevos medios comisivos en materia de extorsión (artículo 236): hay privación de libertad de cinco a diez años, que puede duplicarse cuando el agente sea o haya sido servidor público en el ramo de la seguridad; o bien incrementarse en tres a ocho años en otros casos. Finalmente, el mismo artículo 236 eleva drásticamente las penas cuando dispone que éstas —todas las previstas en aquel precepto— se incrementarán en dos terceras partes, nada menos, cuando el agente cometa el delito a través de la vía telefónica, el correo electrónico u otro medio de comunicación igualmente electrónico.

También se han agregado calificativas e incrementado las punibilidades a propósito del despojo. En diversas versiones de éste se aplica privación de libertad de seis a diez años (artículo 238). Finalmente, el artículo 292 bis previene que se aplicará prisión de tres a ocho años “al servidor público que retarde o entorpezca indebidamente la procuración o administración de justicia” (anteriormente esta conducta se hallaba en la fracción III del artículo 292, hoy derogada, y se conminaba con una sanción más benigna: uno a cinco años de prisión). Cabe imaginar la enorme variedad de hipótesis, cuya concreción queda a cargo del Ministerio Público y el juzgador, que vendrán a cuentas en el amplísimo marco del retardo o el entorpecimiento de la procuración o la administración de justicia, todas ellas conminadas con seis años de privación de libertad, cuando menos.

* * *

Vayamos a otro ejemplo de regresión penal, e incluso de vulneración flagrante del Estado de derecho por descono-

cimiento de la división de poderes. Esta división o distribución de poderes o funciones, como se prefiera, constituye un principio relevante del Estado de derecho, garantía de los derechos fundamentales de los individuos frente al poder público. Cada institución de este poder debe actuar dentro del marco de sus atribuciones, sin invadir el ámbito de competencia de otros poderes. Sobra ponderar la importancia de este principio, que no se ha negado —ni en el discurso ni en las normas— en los últimos tiempos.

Sin embargo, el cambio de destino del archipiélago de Islas Marías, dispuesto por acuerdo del Ejecutivo, implica una violación flagrante de esa división de facultades, además de que suprime —a juicio de los expertos— el centro de ejecución de penas mejor calificado —en concepto de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos— dentro del conjunto de reclusorios del país, en el que abundan, por cierto, los desastres penitenciarios. Esto último fue reconocido por el Plan Nacional de Seguridad y Paz, adoptado en noviembre de 2018, que prometió avances sustanciales para la redención del sistema de reclusorios.

En primer término, refirámonos a la invasión de atribuciones que vulnera la separación de poderes. El archipiélago de las Islas Marías, situado en el Océano Pacífico mexicano, ha tenido varios propietarios. Bajo el porfiriato, el gobierno federal lo adquirió y le fijó un destino: centro de reclusión de delincuentes condenados. Se hallaban de moda las penas de relegación y transportación. Los propios revolucionarios —así Flores Magón, en el Programa del Partido Liberal, y el Constituyente de Querétaro— cifraron grandes expectativas en la colonización penal, a la que serviría —con cambios de fondo— la colonia penal de Islas Marías.

En una época de reformas penales y penitenciarias se acostumbró trasladar a esa colonia, cuyos muros eran de agua —dijo José Revueltas, habitante de las Islas—, a individuos que aceptaban el traslado en compañía de su familia. Se trató de uno de los más relevantes ensayos penales de su tiempo. Posteriormente se alteró la organización del penal, instalándose en él —contra la evolución que se había logrado— una red de reclusorios entre los que se hallaba una cárcel de seguridad máxima.

Lo que ahora me interesa comentar es que el archipiélago fue destinado a colonia, bien avanzado el siglo anterior, por decreto del Congreso de la Unión publicado en el *Diario Oficial* del 30 de diciembre de 1939, que aprobó el Estatuto de las Islas Marías. Hubo reformas, también emitidas por el Congreso de la Unión, en los términos del decreto publicado en el *Diario Oficial* del 1o. de abril de 2010.

Como se advierte, fue el Poder Legislativo quien dispuso en 1939 y confirmó en 2010 el destino del archipiélago; en consecuencia, sólo el Congreso de la Unión podría revisar esa determinación. A despecho de ésta, el Ejecutivo de la Unión resolvió modificar el destino de la colonia penal: por decreto del Ejecutivo, publicado el 8 de marzo de 2019, se desincorporaron del sistema federal penitenciario los reclusorios ubicados en el Complejo Penitenciario Islas Marías (artículo primero); se procedió al cierre de aquéllos (artículo segundo), y se dispuso el traslado de las personas privadas de libertad que ahí se encontraban a “otros centros federales de readaptación social” (con una aclaración sentenciosa: “respetando en todo momento sus derechos humanos”), conforme a las determinaciones que al efecto adoptara el comisionado del Órgano Administrativo Desconcentrado

de Prevención y Readaptación Social (no, por supuesto, el Congreso de la Unión) (artículo tercero).

* * *

Al tiempo de formular estos comentarios se halla en trámite la iniciativa para emitir una Ley de Amnistía, presentada por el Ejecutivo Federal ante la Cámara de Diputados el 13 de septiembre. En la exposición de motivos se da cuenta de algunos puntos destacados que procede comentar. A diferencia de lo que ha ocurrido con otros proyectos de materia penal, éste no ha suscitado un fuerte debate en medios de comunicación y foros académicos o por parte de legisladores. Se anuncia la celebración de sesiones —bajo el concepto de “Parlamento abierto”— con participación de diversos analistas. Aguardemos el resultado para contar con una versión final del proyecto, que no se presentó con carácter de iniciativa preferente. Por ahora, mis comentarios toman en cuenta la iniciativa.

Conviene invocar varias cuestiones importantes a propósito de las amnistías en general y de ésta en particular, amparada en promesas —no siempre claras, rotundas, orientadoras— que expusieron tanto el candidato a la Presidencia de la República triunfante en los comicios de 2018, como algunos de sus colaboradores y allegados políticos.

Corresponde al Congreso de la Unión dictar leyes de amnistía (artículo 73 constitucional, fracción XXII, norma que no se mencionó en la iniciativa, aunque quizá no sea indispensable hacerlo, porque se supone que “todos la conocemos”). La amnistía se traduce, técnicamente, en la extinción de las facultades de persecución de ciertos delitos en

relación con las personas a las que se señala como autores de éstos, o bien implica la extinción de la facultad del Estado para ejecutar la pena impuesta por el tribunal, cuando ya se ha dictado condena. En suma, trae consigo la liberación de quienes han incurrido en esos delitos: no se les sujetará a proceso; éste no continuará si ya ha comenzado, y no se ejecutará la pena que hubiese dictado el tribunal, en su caso.

En la campaña presidencial de 2018 se insistió en la posibilidad de promover una amnistía como medio para avanzar en la pacificación del país. Este fue el sentido de la promesa: favorecer la paz y retraer la violencia extrema que había proliferado (y que no ha desaparecido, por cierto). Pareció sugerirse —aunque nunca fue suficientemente claro el ofrecimiento, como dije— que la amnistía beneficiaría (o podría beneficiar) a quienes habían desencadenado esa violencia extrema, jefes de bandas criminales, ejecutores de crímenes muy graves, líderes de la delincuencia organizada.

Un sector de la sociedad entendió que se favorecería a sujetos culpables de esos crímenes, no sólo a quienes fueran responsables de delitos menores y hubieran sufrido las consecuencias de su desvalimiento material o el impacto de una torpe administración de justicia. Este entendimiento —acertado o no— provocó un enérgico rechazo de las víctimas directas o indirectas de crímenes graves y de un gran número de ciudadanos preocupados por lo que podía ser un nuevo achaque de impunidad.

En la misma campaña se dijo con insistencia que la medida propuesta implicaría perdón, base de una auténtica reconciliación (¿entre quienes?, ¿víctimas y victimarios de graves delitos?), pero no olvido. En suma, haríamos de lado el reproche (es decir, perdonaríamos, con un gran esfuerzo

moral), pero mantendríamos en vela la memoria de los crímenes cometidos. No es fácil conseguir ambos objetivos: el perdón, por una parte, y el recuerdo, por la otra. Sin embargo, tampoco es descabellado que un reformador social, un líder moral, convoque a sus conciudadanos a acometer tan difícil empresa. Ahora bien, lo que de plano se ignoró es que en la raíz de la palabra “amnistía” y de lo que ella significa se halla, precisamente, el olvido. Amnistiar es olvidar. Véase de nuevo, para salir de dudas, el significado de la palabra en cualquier diccionario de nuestra lengua.

También es preciso tomar en cuenta, a la hora de sugerir, aprobar y ejecutar una amnistía, ciertos puntos entrañados en la pretensión de justicia y en los derechos de las víctimas de los delitos, que es preciso reconocer, respetar y garantizar. El Estado puede instar al olvido —e incluso otorgar el perdón, si es indispensable, para lograr un elevado fin político—, pero no puede ignorar la legítima exigencia de justicia por parte de las víctimas y la reparación del daño causado a éstas. Se trata de cuestiones muy importantes y delicadas que han debido enfrentar y resolver —a veces con éxito y en ocasiones sin él— todos los procesos de justicia transicional con los que se pretende trazar la frontera entre el pasado que se quiere olvidar y el futuro que se pretende construir. Hay que olvidar, sí, pero nunca a costa de las víctimas.

Se ha recurrido a las amnistías, en una suerte de “borrón y cuenta nueva”, por diversos motivos, unos plausibles, otros execrables. Algunos violadores contumaces de derechos humanos, encaramados en el ejercicio del poder, han dictado normas de amnistía para poner a cubierto sus fechorías. Sobra decir que este género de amnistías —generalmente calificadas como “autoamnistías”— ha sido vigo-

rosamente rechazado, tanto por instancias nacionales como por tribunales internacionales.

En otros casos, en cambio, se ha recurrido a la amnistía para favorecer el tránsito hacia la democracia, la recuperación de la libertad y la reconciliación entre ciudadanos llamados a abrir una nueva era en la vida de sus comunidades. Por supuesto, la iniciativa de septiembre de 2019 se distancia totalmente de aquella inaceptable pretensión de impunidad y se aproxima a la segunda intención que he mencionado: favorecer el entendimiento. También pretende, por cierto, avanzar en la realización de la justicia.

La exposición de motivos de la iniciativa de septiembre de 2019 menciona algunos antecedentes cercanos. No me refiero, por supuesto, a la referencia que se hace sobre la liberación de presos por don Miguel Hidalgo, en el alba de la Independencia, que tuvo un sentido completamente distinto y no debió ser invocada en este caso (salvo para fines “ceremoniales”, digamos, asociados a las fiestas patrias de septiembre), sino a las leyes adoptadas por el Congreso de la Unión en 1978 y en 1994. Ambas se propusieron encarar las consecuencias de una lucha interna que había alterado la paz de la República y desembocado en acciones de persecución penal que era indispensable remontar.

La iniciativa de 2019 tiene un interesante signo adicional y la diferencia de otros actos de su género. Más allá de propósitos clientelares de carácter político, que no analizaré ahora, pero que tampoco podemos ignorar en un examen serio de esta materia, hay en su raíz un proyecto justiciero que conviene reconocer. Me parece que el factor que impulsa este planteamiento no es tanto la pacificación del país, que no hemos logrado, sino la promoción de la justicia en una serie de casos en los que ésta parece haberse extra-

viado. La exposición de motivos carga el acento en un fenómeno innegable y doloroso: la falta de verdadero acceso a la justicia que aqueja a millones de compatriotas. “Pobreza e injusticia —dice esa exposición— son las dos caras de la marginación y el atraso que lastiman a millones de personas en México”.

Se ha querido llamar la atención hacia las condiciones de injusticia en que han naufragado los derechos y las libertades de muchos ciudadanos, que se hallan muy lejos de poder ejercer, de veras, su ciudadanía, a quienes se suele identificar como “vulnerables”. Para este fin, el autor de la iniciativa menciona conceptos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Pudo agregar —pero quizá no los tuvo a la mano— los copiosos y concluyentes criterios del derecho internacional de los derechos humanos.

En fin de cuentas, lo que ahora se quiere es reparar injusticias cometidas en agravio de personas vulnerables, destinatarias de una novedosa “amnistía de intención reparadora” (si se me permite la expresión). Por supuesto, hay otras maneras en que el Estado podría y debería “desfacer los entuertos” de la injusticia social con mayor profundidad y eficacia, y evitar los que en el futuro se cometerán bajo el mismo imperio. Pero esto —que figura entre las omisiones del poder público, que navega en aguas encrespadas— no obsta, por supuesto, para reparar agravios y rescatar la justicia en favor de individuos que ciertamente la merecen y no la han alcanzado.

La iniciativa indica quiénes se hallan excluidos de la amnistía y quiénes serán sus beneficiarios. Es conveniente formular el explícito deslinde para serenar el ánimo de quienes podrían temer —como antes temieron— que la medida de perdón y olvido lance a la calle, con diploma de

inocentes, a sujetos responsables de delitos graves o a individuos que pudieran poner en riesgo —más todavía de lo que ya lo está— la paz de la sociedad. Por ello, la amnistía no abarca a los reincidentes ni a los responsables de delitos graves o violentos. En los términos del artículo 2o. se hallan excluidos los delitos contra la vida (lo cual incluye la tentativa de homicidio y otras figuras distintas del homicidio simple y del calificado), el secuestro y los delitos en los que el autor haya utilizado “armas de fuego” (¿otros medios no, pese a su empleo frecuente y cruel?).

Por supuesto, la amnistía tampoco opera en favor de quienes deban sufrir prisión preventiva oficiosa en los términos de la desafortunada reforma al artículo 19 constitucional, que ha extendido desmesuradamente esta privación cautelar de la libertad en el curso del proceso. He aquí uno de los pecados del legislador, que recoge fervorosamente la iniciativa de amnistía. Hay otro punto de exclusión que se menciona en algunos casos: que el sujeto no represente peligro para la sociedad. No es fácil establecer pronósticos de esta naturaleza, en los que reaparece el antiguo dilema: ¿derecho de acto o derecho de autor?

Ahora veamos quiénes serán los beneficiarios de la amnistía, según se desprende de la iniciativa y a reserva de lo que resulte en el proceso legislativo. Se verán favorecidas muchas personas a las que se imputan delitos de aborto, contra la salud, robo simple o sedición, así como individuos pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas que no tuvieron pleno acceso a la justicia.

Dado que la iniciativa alude a grandes hipótesis genéricas, dentro de las cuales es preciso identificar la procedencia de la medida en cada caso específico, todos éstos deberán sujetarse a una valoración individual y puntual,

cuidadosamente practicada. No sobre este adverbio si se toma en cuenta, como veremos en seguida, que en muchos supuestos de amnistía la propuesta del Ejecutivo considera un complejo haz de circunstancias o condiciones que será preciso acreditar, si no se quiere —y seguramente no se quiere— que esta gran propuesta desemboque en decisiones en “serie”, sin adecuada motivación; una verdadera “lotería” del perdón. Es indispensable la expresión de motivos en cada caso, puesto que se trata de actos de autoridad que resuelven derechos de particulares.

Veamos cada una de estas categorías, pero aclaremos antes que la iniciativa de marras, una vez convertida en ley, sólo tendrá alcance en materia federal, puesto que se funda en atribuciones de la Federación. Agreguemos que en tal virtud el número de beneficiarios inmediatos será muy reducido —lejano de las expectativas optimistas y apresuradas—, porque la gran mayoría de los casos a los que se refiere el proyecto quedan bajo la competencia de autoridades locales, a las que no llega, imperativamente, la ley federal.

Y añadamos que por ello la Federación queda obligada —lo dice la misma iniciativa— a promover ante las entidades federativas los cambios legislativos conducentes a la muy amplia operación nacional de la amnistía. A este respecto es enfático el artículo segundo transitorio que incluye la iniciativa: “El Ejecutivo Federal, a través de la Secretaría de Gobernación, promoverá ante los gobiernos y las legislaturas de las entidades federativas la expedición de leyes de amnistía por la comisión de delitos previstos en sus respectivas legislaciones que se asemejen (*sic*) a los que se amnistían en esta Ley”. No sobra mencionar que esas autoridades, requeridas por la Federación, conservan sus facultades de

aceptar o negar, y también, desde luego, acoger la orientación global de la iniciativa federal, pero adecuarla a sus propias condiciones y decisiones internas.

Esto no será sencillo, como veré adelante. Tropezará con obstáculos de diversa naturaleza, entre ellos algunos de carácter “ideológico” o “moral” —“religioso”, inclusive— que es fácil prever. Por todo ello, la iniciativa resultará ser, más que una ley nacional de amnistía, un ordenamiento que promueve, azarosamente, la adopción de medidas de este carácter en la treintena de entidades que constituyen la Federación. Estas limitaciones y estos escollos, que no han sido suficientemente explorados y proclamados, no restan necesariamente mérito a la propuesta ni menguan su calidad como esfuerzo en favor de la justicia. En este esfuerzo corre también la intención federal de “acomodar” las determinaciones de los estados, lanzando la propuesta de amnistía y alcanzando, a través de ella, otros objetivos más o menos evidentes.

Según el orden de aparición en la escena, el primer grupo de amnistiabiles está integrado por mujeres y por médicos y auxiliares de la salud a los que se impute el delito de interrupción voluntaria del embarazo (es decir, aborto) (artículo 1o., fracción I). Obviamente, es muy reducido —casi testimonial— el número de casos de aborto “federal”; mucho mayor es el de abortos “locales”. Aquí está el problema, no allá. Y además, existe una notoria división de opiniones a propósito de la persecución penal del aborto en estas hipótesis. La Federación deberá iniciar una verdadera “cruzada” —noble cruzada por cierto, en mi opinión— para persuadir a los estados (además de la Ciudad de México y Oaxaca) de que emprendan la revisión de sus leyes penales sobre esta explosiva materia.

El segundo contingente de amnistiabiles está compuesto por personas a las que se imputan diversos delitos contra la salud (drogas: estupefacientes y psicotrópicos) (artículo 1o., fracción II). En este conjunto forman filas tanto los vulnerables, discriminados, excluidos, discapacitados, engañados u obligados a delinquir, como los miembros de grupos étnicos en condiciones similares y los consumidores que poseyeron narcóticos en cantidad mayor a la permitida para su consumo personal e inmediato.

No suelo transcribir preceptos, pero en este caso considero indispensable hacerlo para precisar los méritos y los riesgos del proyecto. En su primer inciso, la citada fracción II alude a quien ha cometido delitos contra la salud “y se encuentre (*glosa: ¿o se hubiese encontrado al cometerlos?*) en situación de pobreza, o de extrema vulnerabilidad por su condición de exclusión y discriminación, por estar discapacitado de manera permanente (*glosa: ¿qué forma o alcance de discapacidad?*)”, o cuando el delito se haya cometido por indicación de su cónyuge, concubino o concubina, pareja sentimental, pariente consanguíneo o por afinidad sin limitación de grado, o por temor fundado, así como quien haya sido obligado por grupos de la delincuencia organizada a cometer el delito”.

Me parece que es razonable y justiciero, en sustancia, el planteamiento de la iniciativa en este renglón. Al mismo tiempo, su valoración es sumamente compleja, pues puede provocar arbitrariedades (y corruptelas) y en el fondo entraña un nuevo juicio sobre situaciones personales que debieron ser consideradas en el procedimiento penal ya realizado y que no será fácil esclarecer en el procedimiento sobre la amnistía en cada caso individual. Lo deseable, por supuesto, es ir más allá de la propuesta de amnistía: refor-

mar la legislación penal y sanitaria, con cuidado, reflexión y profundidad. Es decir, llevar adelante una reforma seria y bien fundada que abarque todas las preocupaciones que muestra en este renglón la propuesta de amnistía.

Ya mencioné que esta iniciativa no podría abarcar la mayor parte de los casos a los que desea beneficiar, porque éstos corresponden primordialmente al ámbito local. Esta situación se manifiesta claramente en el campo de los delitos contra la salud. La exposición de motivos, que reconoce el problema, revela que según la información proveniente del sistema nacional de seguridad pública, “en el caso del delito de narcomenudeo existe en el fuero común un total de 98,694 delitos registrados en las carpetas de investigación de las 32 entidades federativas, a diferencia del fuero federal, en el que se registraron un total de 1,045 delitos”.

El tercer grupo de amnistiabiles está constituido por sujetos pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas “que durante su proceso no hayan accedido plenamente a la jurisdicción del Estado, por no haber sido garantizado el derecho a contar con intérpretes o defensores que tuvieran conocimiento de su lengua y cultura” (artículo 1o., fracción III). En este punto surgen cuestiones relevantes, que será preciso acoger en los amplísimos términos de la ley y/o esclarecer en los procedimientos individuales de amnistía. Así, véase la expresión rotunda acerca de los ilícitos que abarca la amnistía en favor de indígenas: “cualquier delito”. Está claro que esta fórmula inquietante se detiene en la frontera que fija el artículo 2o.: ciertos delitos de extrema gravedad.

Tampoco será sencillo acreditar —o no— el “acceso pleno” a la jurisdicción del Estado (¿y a la jurisdicción indígena, en régimen de usos y costumbres?, ¿qué ocurrirá en los casos sujetos a ésta?, ¿los abarca la amnistía?). Cabe pre-

guntarse, a partir de la deficiente redacción del precepto, si esa falta de acceso a la justicia se contrae solamente a la carencia de intérpretes o defensores idóneos. Por supuesto, puede haber otros supuestos, no pocos, en que se entorpezca o evite el acceso a la justicia a través de obstáculos, omisiones o errores diferentes de la carencia de intérpretes y defensores.

El cuarto supuesto de amnistía corresponde a los casos de “robo simple y sin violencia, siempre que no amerite pena privativa de la libertad de más de cuatro años” (artículo 1o., fracción IV). Aquí podemos distinguir: por una parte, individuos que no han sido sentenciados, cuando la máxima de la pena que se pudiera imponer genéricamente al delito que han cometido no excede de cuatro años, y, en segundo término, sujetos que han sido condenados a cuatro años de prisión o menos en los términos de la sentencia ya dictada, aun cuando el límite máximo de la privación de libertad pudiera ser superior a cuatro años.

Este supuesto de amnistía es muy importante si se considera que un gran número de los procesos penales en curso y de las condenas emitidas se refiere a delitos patrimoniales, entre los que destaca notablemente el robo. También es relevante observar que la inmensa mayoría de esos ilícitos corresponde al fuero común, no al federal, y que por tanto no operarán con respecto a aquéllos los beneficios que arroje directamente la iniciativa. El destino del olvido y el perdón entrañados en la amnistía depende del éxito que tenga la gestión de los funcionarios federales para persuadir a las entidades federativas de actuar en el rumbo propuesto por la ley federal.

Por último, hay un quinto supuesto de amnistía, que también será motivo de interpretaciones encontradas, apre-

ciaciones discutibles y soluciones diversas. Aquí aparecen dos hipótesis (artículo 1o., fracción V): en primer término, el delito de sedición, cuyo tipo específico se halla previsto en el Código Penal Federal (artículo 131); en segundo término, los casos en que los imputados o condenados “hayan invitado, instigado o incitado a la comisión de otros delitos formando parte de grupos impulsados por razones políticas con el propósito de alterar la vida institucional, siempre que no se trate de terrorismo” ni vengan a cuentas privación de la vida, lesiones graves o empleo de armas de fuego.

Aquí reaparece el arduo tema de los delitos políticos, sean los caracterizados por la ley como tales —o caracterizables de esta forma, objetivamente, a partir de tipos específicos—, sean los de diversa naturaleza determinados por móviles o designios políticos. De nueva cuenta habrá que explorar en los casos particulares, indagando motivos, móviles, incitaciones, convocatorias a delinquir o resistir, y así sucesivamente.

Nadie ignora que con gran frecuencia los imputados aducen intención política en la persecución a la que se hallan sometidos, y rara vez la autoridad admite que esa persecución se funda en consideraciones políticas. Este complejo universo de consideraciones se hallará en manos de la autoridad federal que solicite la amnistía —Secretaría de Gobernación, conforme al segundo párrafo del artículo 3o.— y, por supuesto, de las autoridades locales que acepten o rechacen adoptar la amnistía en el espacio de su propia competencia.

Hay otros puntos dignos de consideración en la iniciativa del Ejecutivo. Se debió procurar más claridad en cuanto al procedimiento conducente a la amnistía en cada caso particular. Al respecto, se prevé la existencia de una comi-

sión que coordine los actos de facilitación y vigilancia de la aplicación de la ley, comisión que “deberá solicitar a la Fiscalía General de la República la aplicación de [aquella] en los casos en que considere que un hecho encuadra dentro de algún supuesto de los previstos en el artículo 1o. de esta Ley”.

La muy atareada comisión deberá concentrarse en la materia federal, puesto que el artículo segundo transitorio incluido en la iniciativa faculta a la Secretaría de Gobernación para despachar la promoción que haga el Ejecutivo Federal ante los gobiernos y legislaturas de las entidades federativas para expedir sus propias leyes de amnistía “por la comisión de delitos previstos en sus respectivas legislaciones que se asemejen (*sic*) a los que se amnistían en esta Ley”.

El proceso de olvido y perdón, la amnistía de pretensión reparadora —no sólo pacificadora—, está en marcha. Hay que verla con rigor y profundidad, sin precipitación ni demagogia, riesgos siempre presentes. El camino será difícil, si se quiere recorrer con seriedad. La desembocadura podrá ser bienhechora. Pero habrá que poner especial cuidado en que los perdones y los olvidos no se hagan a costa de los derechos de las víctimas. Si esto ocurriera, en vez de reparar injusticias habríamos consumado, al amparo de la ley, una nueva injusticia.

* * *

En las primeras líneas de este comentario mencioné la incorporación de reformas en materia penal-fiscal que provocaron fuertes reacciones desfavorables. A la postre, fueron aprobadas —con ajustes importantes— y publicadas en

el *Diario Oficial* del 8 de noviembre de 2019. Abarcan normas de cinco ordenamientos: Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, Ley de Seguridad Nacional, Código Nacional de Procedimientos Penales, Código Fiscal de la Federación y Código Penal Federal.

Estas reformas marchan en el mismo rumbo de la normativa penal recogida en el periodo 2018-2019 en el texto constitucional y en diversos ordenamientos federales y locales: en suma, favorecen la regresión autoritaria del sistema penal. El abogado Rodolfo Félix Cárdenas las ha calificado como “jinetes del apocalipsis”.

Ya dije —y reitero— que el Estado enfrenta problemas derivados de la creciente inseguridad, el auge de la criminalidad y las consecuentes exigencias sociales. Tal ha sido el caso en la reforma fiscal-penal. En este orden se advirtió la necesidad de enfrentar problemas muy importantes que erosionan la recaudación fiscal e implican la pérdida de recursos que podrían destinarse a resolver necesidades apremiantes.

Esa indebida mengua de recursos se genera a través de variados mecanismos de evasión y elusión fiscal que deben ser sancionados con medidas penales y administrativas. La defraudación al fisco alcanza sumas elevadas. En este ámbito, como en muchos otros, han campeado la impunidad y la corrupción.

Sin embargo, el combate a las conductas ilícitas debe correr por el cauce del Estado de derecho y atender a los principios y las reglas del orden penal democrático, sin regresiones y desbordamientos que agreguen a los males de la enfermedad los que deriven de remedios desacertados. Esto no ha ocurrido en diversas reformas de los últimos meses,

como hemos visto a lo largo del presente trabajo, ni ha caracterizado a las que examino en este momento.

El “proyecto recaudatorio” del gobierno federal, que se vale de medios drásticos alojados en el sistema penal, ha pretendido intimidar a un sector de contribuyentes —además de sancionar conductas inadmisibles, como ya indiqué— y elevar la captación de recursos. Para ello se valió de la figura de “delincuencia organizada”, concepto “elástico” que permite aplicar procedimientos rigurosos —que anticipan restricciones penales a la libertad personal e incluyen afectaciones a la propiedad— y establecer muy severas consecuencias punitivas.

Es así que el contrabando y algunos hechos equiparables a éste, la defraudación fiscal y otras actividades conexas pasan a constituir delincuencia organizada al abrigo de varias adiciones al muy transitado artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. No sobra recordar que a partir de 1996 y hasta enero de 2020 el Congreso de la Unión había aprobado dieciséis decretos de reforma a ese ordenamiento. En catorce casos se modificó —al “alza”— el catálogo de delitos objetivo de la organización delictiva, lo cual implica, para fines prácticos, la extensión de la figura legal de delincuencia organizada; en nueve casos se incorporaron nuevos tipos penales a dicha Ley, y en cinco se adoptaron ajustes derivados de otras leyes.

Las conductas punibles previstas por la reforma del 8 de noviembre de 2019 se califican como amenazas a la seguridad nacional (reforma al artículo 5o. de la Ley de Seguridad Nacional, fracción XIII), nada menos. En los términos del mismo ordenamiento, la seguridad nacional abarca las “acciones destinadas de manera inmediata y directa a mantener la integridad, estabilidad y permanencia del Estado

mexicano” (artículo 3o.). Difícilmente se puede considerar que los ilícitos fiscales que ahora mencionamos constituyen verdaderos ataques —o amenazas— a la integridad, la estabilidad y la permanencia del Estado.

No me propongo estudiar las normas sobre delincuencia organizada que he analizado en otras ocasiones, pero conviene reiterar que en este ámbito la voluntad del legislador discurre sin fronteras que la acoten y le confieran racionalidad. En tal virtud, es posible calificar cualquier conducta ilícita como delincuencia organizada.

Alguna vez se extendió sin mesura, merced a variables circunstancias asociadas al llamado “populismo penal”, el alcance del derecho penal “simbólico” por el fácil medio de ampliar la extensa relación de delitos graves. A éstos se asoció la restricción de derechos en el enjuiciamiento, a contrapelo del principio de inocencia que supuestamente impera al amparo de la Constitución (y de la razón).

Sin prescindir de estas crecientes relaciones de delitos graves, con sus densas consecuencias, en los últimos años hemos echado mano de reformas y adiciones al artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, añadiendo nuevas hipótesis de “delitos objetivo” de la organización criminal, técnica que determina la ampliación práctica de la figura de delincuencia organizada. Es evidente que no tenemos una caracterización plausible de lo que debiera ser calificado como delincuencia organizada y tratado con especial severidad, más allá del simple acuerdo de tres o más personas —materializado— para cometer ciertos delitos “objetivo”.

Necesitamos concebir —y no lo hemos hecho— determinada materialidad que identifique y caracterice la delincuencia organizada, y justifique el severo tratamiento procesal y

penal que corresponde a sus autores y participantes. Para caracterizar aquélla no basta la disposición del legislador fincada en la alarma social o en la incompetencia de las autoridades a cargo de la prevención y la persecución de los delitos.

Importa mencionar otra cuestionable solución de la reforma penal-fiscal de 2019. Para “serenar” los señalamientos elevados por los críticos, que advertían con preocupación la desmesura del proyecto, el legislador aportó un “entendimiento” moderador: la “nueva criminalidad” sólo abarcará los casos en que los montos económicos asociados a estos hechos superen en tres veces lo establecido en la fracción III del artículo 108 del Código Fiscal de la Federación, que alude a dos millones seiscientos un mil cuatrocientos diez pesos.

Cabe preguntar: ¿qué relación tiene el monto de la lesión patrimonial con la razón de ser, la caracterización, la materialidad de la delincuencia organizada? Con lo que sí guardó relación esa cifra es con la necesidad de moderar los comprensibles cuestionamientos esgrimidos por los críticos, desde diversos flancos de la opinión pública.

Evidentemente, el tratamiento de los hechos punibles regulados bajo la citada reforma del 8 de noviembre trae consigo medidas muy rigurosas en el desarrollo de los correspondientes procedimientos penales. Los nuevos supuestos de delincuencia organizada agregados al artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada determinan la imposición de prisión preventiva oficiosa (artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales), figura a la que me referí en otro apartado de este comentario. Obviamente, la amenaza de privación preventiva de la libertad puede constituir uno de los más relevantes factores de inhibición

de estos ilícitos, pero al mismo tiempo uno de los excesos más notorios de la nueva regulación.

Además, se prevén diversas restricciones a figuras procesales derivadas del modelo de composición —admisible o cuestionable— adoptado por la reforma procesal penal constitucional de 2008 y recogida en ese mismo código procesal: acuerdos reparatorios entre los participantes en el proceso (artículo 187, penúltimo párrafo) y suspensión condicional de éste (artículo 192, último párrafo).

También queda en suspenso la aplicación del criterio de oportunidad —aportado por la reforma constitucional de 2008 y su derivación secundaria— en caso de delitos fiscales y financieros, salvo en el supuesto de colaboración del imputado para la investigación y persecución del beneficiario final del delito (artículo 256, fracción VII), hipótesis en que la “negociación” penal se sobrepone a la justicia, con flagrante menoscabo de los fines que la Constitución asigna al proceso penal.

La reforma legal de la que ahora me ocupo ha incluido un tipo penal destinado a sancionar a quienes se convierten en facilitadores de la defraudación fiscal. De esta suerte, se perseguirá a muchos agentes de las operaciones defraudatorias, cuya presencia había proliferado. Se incrimina “al que por sí o por interpósita persona expida, enajene, compre o adquiera comprobantes fiscales que amparen operaciones inexistentes, falsas o actos jurídicos simulados”, y a quien “permita o publique, a través de cualquier medio, anuncios para la adquisición o enajenación de comprobantes fiscales que amparen operaciones inexistentes, falsas o actos jurídicos simulados” (artículo 113 bis del Código Fiscal de la Federación, fórmulas que sustituyen la tipificación previamente contenida en la fracción III del artículo 113, acerca

de la reproducción o impresión de comprobantes fiscales). Es necesario considerar —para evitar el desbordamiento de la función punitiva— que en estos supuestos se requiere que el agente actúe con dolo.

La reforma permite la aplicación simultánea del artículo 113 bis del Código Penal Federal y el artículo 400 bis del mismo ordenamiento, que tipifica operaciones con recursos de procedencia ilícita. Habrá que interpretar con gran cautela esta doble persecución para evitar la también doble punición por los mismos hechos, tema siempre sujeto a debate.

El artículo 11 bis del Código Penal Federal prevé la aplicación de sanciones a las personas morales —otro tema sujeto a deliberación, que ojalá conduzca a un solo tratamiento de la materia a escala nacional— por la comisión de ilícitos relacionados con comprobantes fiscales, a los que se refiere el mencionado artículo 113. En los hechos, se habían multiplicado las “empresas” destinadas a la fabricación de comprobantes.