



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México  
México

Carbonell, Miguel

Cuando la impunidad es regla. Justicia penal y derechos fundamentales en México

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XXXIX, núm. 116, mayo-agosto, 2006, pp. 351-369

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42711602>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## CUANDO LA IMPUNIDAD ES LA REGLA. JUSTICIA PENAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN MÉXICO

Miguel CARBONELL\*

**RESUMEN:** En el presente ensayo, el autor se plantea como objetivos, en primer lugar, ofrecer algunos elementos que ilustran el estado de la justicia penal en México; en segundo lugar, se propone analizar algunos aspectos de una importante iniciativa presentada por el presidente Vicente Fox en el 2004 para intentar revertir la situación que en esta materia existe. El argumento central del ensayo consiste en que esto es así, en razón de que no existe un marco jurídico adecuado para procesar las diferencias sociales y las violaciones normativas, lo cual da como resultado la renuncia de muchas personas a ejercer sus derechos.

**Palabras clave:** derechos fundamentales, derecho penal, impunidad, seguridad pública.

**ABSTRACT:** *In this essay, the author discusses, firstly, some of the reasons that explain the situation of criminal justice in Mexico. Secondly, he examines some aspects of a relevant presidential law initiative proposed by President Vicente Fox in 2004, which sought to reverse that situation. The central argument of the essay is that this situation exists, because there is no legal framework sufficiently able to process social differences and violations to the law, the result being that many people simply decide not to exercise their rights.*

**Descriptors:** *fundamental rights, criminal law, impunity, public security*

\* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Cifras sobre impunidad y desempeño institucional*. III. *Reformas propuestas. Análisis y crítica*. IV. *Conclusión*.

## I. INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas más graves de México es la inseguridad. Inseguridad física e inseguridad jurídica. La primera porque existe en el país un alto índice de violencia cotidiana que afecta por igual al campo y a la ciudad, a los pobres que a los ricos. La segunda porque no existe un marco jurídico adecuado para procesar las diferencias sociales y las violaciones normativas: la ley sigue siendo una regla de convivencia a la que se acude solamente en ocasiones excepcionales.

En ausencia de la legalidad como pauta de conducta, se presentan diversas soluciones alternativas; las más simples pasan por la renuncia de muchas personas a ejercer sus derechos; las más graves suponen la pérdida del patrimonio o incluso de la vida sin que quepa hacer prácticamente nada.

El objetivo de este trabajo es doble: en la primera parte se ofrecerán algunas pinceladas que ilustran el estado de desastre de la justicia penal en México; en la segunda se analizarán algunos aspectos de una importante iniciativa presentada por el presidente Vicente Fox el 29 de marzo de 2004 para intentar revertir esa situación.

## II. CIFRAS SOBRE IMPUNIDAD Y DESEMPEÑO INSTITUCIONAL

Algunos datos sirven para justificar un horizonte tan poco optimista como el que anuncian los párrafos anteriores. La impunidad alcanza cifras impresionantes. Los estudios más serios coinciden en señalar que se castigan menos del 1% de los delitos cometidos.<sup>1</sup> Según Guillermo Zepeda, autor del más amplio estudio sobre la impunidad y la ineficacia del sistema penal en México, la posibilidad de que el probable responsable de un delito llegue ante la autoridad judicial (es

<sup>1</sup> Bergman, Marcelo (coord.), *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional. Resultados de la encuesta a población en reclusión en tres entidades de la república mexicana*, México, CIDE, 2003, p. 32.

decir, solamente que llegue ante el juez, no que sea condenado) es del 3.3% del total de delitos denunciados, lo que equivale a decir que la impunidad se da en el 96.7% de los casos.<sup>2</sup>

En buena medida, la impunidad se genera por la baja eficacia institucional de los cuerpos policíacos mexicanos. La mayoría de las detenciones realizadas por la policía con motivo de la comisión de un hecho delictivo son realizadas en el mismo momento de cometerse o durante las siguientes tres horas. Según una encuesta realizada a la población penitenciaria, el 48% de los encuestados declaró haber sido detenido a escasos minutos (menos de 60) de la comisión del delito. Otro 22% fue detenido entre la segunda hora (minuto 61 en adelante) y las 24 horas siguientes.<sup>3</sup> Es decir, el 70% de los detenidos lo fueron con menos de 24 horas de distancia respecto a la comisión del delito. Esto significa que la posibilidad de que la policía pueda detener a una persona cuando ha pasado más tiempo desde que cometió el delito es muy baja; a partir de este dato podemos concluir que la policía mexicana sabe, si acaso, vigilar, pero no investigar.

El cumplimiento estricto de las órdenes judiciales de aprehensión tampoco es un punto fuerte de la policía mexicana. Durante 2000 solamente se lograron ejecutar el 33% de esas órdenes, porcentaje que un año antes era apenas del 25%. En 2000 estaban pendientes de ser ejecutadas 253,539 órdenes de aprehensión.<sup>4</sup>

Ahora bien, la cercanía entre la comisión del delito y la detención pone de manifiesto otro rasgo peligroso de la justicia penal mexicana: la policía detiene en muchas ocasiones sin orden judicial. La Constitución permite, en el artículo 16, detener a una persona cuando es sorprendida en flagrancia o cuando se trate de un caso urgente, siempre que se trate de delito grave y no se pueda obtener la orden judicial respectiva. Se calcula que el 40% de las detenciones se realizan sin la orden de aprehensión que debe emitir un juez.<sup>5</sup> No hace falta tener mucha imaginación para suponer el peligro que existe cuando

<sup>2</sup> Zepeda Lecuona, Guillermo, *Crimen sin castigo. Procuración de justicia y Ministerio Público en México*, México, CIDAC-FCE, 2004, p. 220.

<sup>3</sup> Bergman, Marcelo (coord.), *op. cit.*, nota 1, p. 45.

<sup>4</sup> Zepeda Lecuona, *op. cit.*, nota 2, pp. 205 y 206.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 245.

una persona sea objeto de detención arbitraria por la policía, sobre todo si vive o trabaja en barrios marginales.

Si lo anterior pone de manifiesto, en parte, la desprotección de las víctimas, la situación de los detenidos está muy lejos de ser idílica. El 71% de los detenidos en el Distrito Federal no tuvo asistencia de abogado mientras estuvo privado de su libertad ante el Ministerio Público; del 30% que sí tuvo asistencia de abogado, la gran mayoría (70%) no pudo hablar con él a solas. Ya ante el juez que conoció de la acusación en su contra, el 60% de los detenidos no fueron informados de que tenían derecho a no declarar. Durante su declaración preparatoria ante la autoridad judicial uno de cada cuatro detenidos no estuvo asistido de abogado.<sup>6</sup> El 80% de los detenidos nunca habló con el juez que lo condenó; el juzgador no estuvo presente durante la declaración del detenido (ya en sede judicial) en el 71% de casos.<sup>7</sup> Sobra decir que la Constitución mexicana reconoce el derecho a la asistencia de abogado desde el momento de la detención así como el derecho a no declarar de los detenidos (artículo 20). Por su parte, los códigos de procedimientos penales exigen la inmediatez del juez, es decir, su presencia durante el desahogo de las diligencias judiciales.

Con los datos que se acaban de mencionar podría tener fundamento la idea de que el sistema de justicia penal es una amplia red de ineficacias y corrupción que puede atrapar y procesar a muy pocos delincuentes. Pero falta todavía un aspecto importante para poder tener una imagen más fiel de esa red: ¿a quiénes atrapa el sistema penal?

La mayoría de los sentenciados han cometido delitos contra la propiedad, particularmente robos de poca cuantía, o delitos contra la salud, sobre todo tráfico de drogas en pequeños montos (menos de 100 dólares en promedio como valor de venta de las sustancias con las que fueron detenidos, aunque la mitad traía sustancias con un valor inferior a los 16 dólares). Para algunos analistas estos últimos datos demuestran que la policía más que detener a verdaderos narcotraficantes detiene a consumidores, probablemente para intentar cumplir

<sup>6</sup> *Ibidem*, pp. 252 y 253.

<sup>7</sup> Bergman, Marcelo (coord.), *op. cit.*, nota 1, p. 47.

con un cupo o cuota de detenciones que les exigen sus superiores.<sup>8</sup> Por otro lado, el sistema penal parece atrapar fundamentalmente primo delincuentes; solamente el 29% de los detenidos habían sido sentenciados con anterioridad por algún delito.<sup>9</sup>

Lo que podemos concluir es que la justicia penal procesa a delincuentes novatos y de poca monta, pero deja ir a los que son expertos y cometen delitos por grandes cuantías. En el panorama penal mexicano, el castigo de los delitos de “cuello blanco” es un caso verdaderamente excepcional.

### III. REFORMAS PROPUESTAS. ANÁLISIS Y CRÍTICA

Ante este panorama, no muy alentador, el presidente Fox presentó el 29 de marzo de este año una ambiciosa y muy completa iniciativa de reforma al sistema de justicia, particularmente enfocada a la materia penal.

La iniciativa abarca tanto asuntos regulados por la Constitución, como cuestiones que se regulan en las leyes ordinarias. Sería muy complicado intentar hacer aunque fuera un resumen del conjunto de reformas legislativas que se proponen.<sup>10</sup> Me concentraré en comentar brevemente algunas de las propuestas de modificación constitucional que contiene la iniciativa presidencial.

La reforma constitucional que propone la iniciativa del presidente tiene dos objetivos fundamentales: *a)* fortalecer los derechos fundamentales de las personas que, desde una u otra posición, participan en el procedimiento penal; y *b)* redefinir el régimen jurídico de las instituciones encargadas de la investigación y persecución de los delitos.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>10</sup> Un estudio muy completo de la iniciativa puede verse en García Ramírez, Sergio, “Comentario a la iniciativa de reforma constitucional en materia penal del 29 de marzo de 2004”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 111, septiembre-diciembre de 2004, pp. 1085-1150.

## 1. *Los derechos fundamentales en el procedimiento penal*

### A. *Menores de edad*

Para lograr el objetivo de mejorar la tutela de los derechos fundamentales en el procedimiento penal, se propone una reforma de fondo en el régimen jurídico aplicable a los menores que edad que han cometido conductas consideradas por la ley como delitos. Para ellos se propone la creación de órganos especializados —tanto en el campo de la procuración como en el de la administración de justicia— que deban velar en todo caso por el “interés superior” del menor, tal como lo ordena la Convención de los Derechos del Niño de la ONU, de la cual México es parte. Se excluye cualquier tipo de responsabilidad para personas menores de 12 años, de modo que la responsabilidad jurídica se genera a partir de esa edad y hasta los 18 años. Luego de cumplidos los 18, quienes cometan un delito se someten al régimen general de la justicia penal para adultos. La iniciativa, en concreto, se refiere a la creación de “sistemas integrales de justicia penal para adolescentes”, los cuales serán aplicables “a las personas imputadas de realizar una conducta tipificada como delito por las leyes penales”. El nuevo texto del artículo 18 constitucional especificaría que “La aplicación del sistema estará a cargo de autoridades especializadas en la procuración e impartición de la justicia penal para adolescentes, así como para la ejecución de las sanciones... Dichas instancias deberán actuar atendiendo al interés superior del menor y la protección integral del adolescente”. Los menores de 12 años que “hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, únicamente serán objeto de asistencia social”.

La iniciativa propone modificar el artículo 73 constitucional para que sea una ley emitida por el Congreso de la Unión la que establezca “las bases normativas y de coordinación a las que deberán sujetarse la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el establecimiento y funcionamiento del sistema de justicia penal para adolescentes”.

Las propuestas señaladas presentan varios avances sustanciales respecto a la regulación actual. Por ejemplo, se introduce claramente el principio de tipicidad penal en el régimen sancionador de los adoles-

centes, evitando de esa forma que sean castigados solamente por estar en situaciones de riesgo, peligro o en “situación irregular”. Por otro lado, se unifica a nivel nacional la determinación de que toda persona menor de 18 años sea sujeta a un régimen sancionador específico, distinto del que se aplica a los mayores; actualmente, algunas entidades federativas disponen una edad penal inferior a los 18 años, con lo cual vulneran diversas disposiciones internacionales en la materia (véase, al respecto, la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).<sup>11</sup> En consecuencia, con lo anterior, la iniciativa separa completamente la procuración e impartición de la justicia penal para adolescentes de la que se encarga de los mismos temas en relación a los adultos. Es un paso muy positivo. Además, a partir de la previsión del artículo 73 constitucional se unifica el tratamiento legislativo de la justicia para los adolescentes, evitándose con ello la dispersión normativa que tan nefastos efectos prácticos tiene en la actualidad. Hay que recordar que, en el mismo sentido, la mejor doctrina ha reclamado desde hace años la unificación de los códigos penales y de procedimientos que se aplican a los adultos.

#### B. *Presunción de inocencia*

Se propone incorporar en el artículo 20 de la Constitución el derecho de todo acusado a ser presumido inocente hasta en tanto se dicte una sentencia que verifique su culpabilidad. Aunque pueda parecer extraño, la presunción de inocencia no está aún establecida en la Constitución mexicana, pese a que se trata de una cuestión central en todo sistema democrático de justicia.

La presunción de inocencia significa, para decirlo de forma sintética, que toda persona debe tenerse por inocente hasta que exista una sentencia firme de autoridad competente en la que se le tenga como responsable de la comisión de un delito. A partir de esa presunción se deben desarrollar una serie de previsiones legislativas para asegu-

<sup>11</sup> Un análisis de los derechos fundamentales de los menores de edad, puede verse en Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 1a. reimpr., México, CNDH-UNAM, 2005, cap. V.

rar que, mientras la sentencia condenatoria no exista, se le causen las menores molestias posibles al inculpado, sobre todo mientras dura el juicio en su contra. Por ejemplo, la presunción de inocencia obliga al legislador a limitar la posibilidad de la prisión preventiva a aquellos casos verdaderamente graves, en los que la persona que ha sido detenida supone un riesgo cierto y objetivo para la comunidad.

Sobre la presunción de inocencia, Luigi Ferrajoli apunta que:

—si es verdad que los derechos de los ciudadanos están amenazados no sólo por los delitos sino también por las penas arbitrarias— la presunción de inocencia no sólo es una garantía de *libertad* y de *verdad*, sino también una garantía de *seguridad* o si se quiere de *defensa social*: de esa ‘seguridad’ específica ofrecida por el estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de esa específica ‘defensa’ que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo.<sup>12</sup>

Para que la presunción de inocencia y la minimización de la prisión preventiva sean efectivas, se deben encontrar fórmulas de redacción de los correspondientes artículos constitucionales que hagan que tales principios no queden sujetos al arbitrio del legislador, ya que en caso contrario se estaría anulando el principio de supremacía constitucional. No haría falta decirlo, si no fuera porque ese es justamente el caso del artículo 20 constitucional en la forma en que está redactado actualmente, pues deja a la ley la determinación de los “delitos graves”; las personas acusadas por esos delitos no tienen derecho a la libertad caucional y deben enfrentar el proceso penal en prisión. Es decir, el artículo 20 permite la libertad caucional, pero traspasa al legislador la facultad de determinar los casos en los que se puede negar; ¿es ésta una fórmula adecuada para preservar la tutela constitucional de la libertad? ¿o se está rebajando la supremacía constitucional y poniendo un derecho fundamental —el de libertad, nada menos— en manos del legislador ordinario?

Parece que este es un ejemplo del tipo de normas que debe evitar en el futuro el poder reformador de la Constitución. La iniciativa no se atreve a cambiar la fórmula actual, ya que con distinta redacción

<sup>12</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6a. ed., Madrid, Trotta, 2004, p. 549.

sigue dejando al legislador la determinación de cuándo un delito es grave y en consecuencia los casos en que el acusado no tiene derecho a la libertad caucional, aunque agrega que la negativa a dicha libertad puede ser determinada por el juez.

La iniciativa podría haber dado un paso adelante para asegurar la presunción de inocencia e innovar agregando en la Constitución lo que algunos autores han llamado la “reserva de código penal”. La mencionada reserva tendría un doble objeto: en primer término que ninguna medida privativa de la libertad pudiera establecerse fuera del código penal; en segundo lugar, que el código penal fuera aprobado y reformado por una mayoría calificada en las cámaras legislativas. En palabras de Ferrajoli:

Esta *reserva de código* habría de suponer que todas las normas en materia de delitos, penas y procesos deberían contenerse en el código penal o en el procesal y no podría introducirse ninguna si no es mediante la correspondiente reforma de uno u otro, que tendría que aprobarse por procedimientos legislativos agravados. Se trata de una medida indispensable para devolver la credibilidad al derecho penal y restituirle su naturaleza de *extrema ratio*. Una nueva codificación informada en el principio ‘todo lo penal en los códigos, nada fuera de los códigos’, por más compleja y voluminosa que pudiera resultar, siempre lo sería incomparablemente menos que el actual cúmulo de leyes especiales; aunque sólo fuera porque la prohibición de la dispersión en materia de legislación penal constreñiría al legislador a hacerse cargo de la unidad y de la coherencia del conjunto, al legislar en la materia. Por lo demás, puesto que el derecho penal incide en la libertad de los ciudadanos, tiene una relevancia cuasi-constitucional, y no resulta tolerable que quede cotidianamente expuesto a los humores contingentes de las mayorías de gobierno y a la eventual producción de nuevas emergencias.<sup>13</sup>

La introducción en el texto constitucional de la presunción de inocencia es congruente y viene a reforzar lo que ya establecen convenciones y tratados internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por el Estado mexicano. Así, por ejemplo, el artículo 11 de

<sup>13</sup> Ferrajoli, Luigi, “Jurisdicción y democracia”, trad. de Perfecto Andrés, en Carbonell, Miguel, Fix-Fierro, Héctor y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, México, UNAM-Porrúa, 2004, p. 112.

la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 dispone en su párrafo primero que “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”. En el mismo sentido, el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

### C. *Derecho a la defensa*

Hasta ahora, la Constitución permite que una persona acusada de haber cometido un delito pueda ser asistida durante la averiguación previa y mientras dure el proceso en su contra por “abogado o persona de su confianza”. La figura de “persona de confianza” ha generado en muchos casos una mala defensa para los acusados, ya que ha sido utilizada por lo que se conoce en el ámbito jurídico como los “coyotes”, es decir, por personas que sin haber obtenido un título de abogado se ofrecen para defender a personas detenidas. La reforma de Fox propone exigir desde el texto del artículo 20, apartado A, fracción II constitucional que en materia penal solamente puedan defender al acusado “abogados certificados” o bien, cuando la persona no tenga recursos para pagar un abogado o no quiera nombrar uno, por defensores públicos.

Se trata de una medida adecuada, aunque se podría haber ido un poco más allá y dar el paso definitivo hacia la colegiación obligatoria de los abogados, de forma que no baste con el título profesional de licenciado en derecho para poder llevar defensas procesales (en materia penal o en cualquier otra materia); contando con el título, los licenciados en derecho deberían enfrentar un examen posterior que los habilitaría para poder hacerse cargo de la defensa de otras personas, tal como sucede en un buen número de países democráticos alrededor del mundo.

Respecto a la colegiación obligatoria, Diego Valadés escribe que:

En cuanto al caso de la abogacía, el problema de la colegiación obligatoria es más complejo. Varios de los más serios colegios se inclinan por

aceptar esa modalidad, porque se advierte que la función de los abogados tiene características muy particulares con relación a otras actividades profesionales. Por lo general, el abogado se sitúa entre el particular y el órgano de impartición de justicia; su tarea es crucial para asegurar que no haya distorsión en las funciones de justicia, y debe garantizar que cuenta con los atributos técnicos y éticos que lo hacen merecedor de la confianza de su patrocinado.<sup>14</sup>

Quizá en ese sentido camine otra propuesta de reforma que se contiene en la iniciativa que se está comentando. La iniciativa propone adicionar un párrafo al artículo 17 constitucional, con el siguiente texto: “Las leyes federal y locales sentarán las bases para que se garanticen la libertad, la capacidad y la probidad de los abogados”.

Tanto por lo que se refiere a la propuesta que afecta al artículo 20 como por lo que hace a la que adiciona el artículo 17, la iniciativa parece estar dando un paso, aunque tímido, en el sentido correcto.

#### D. *Confesión*

La iniciativa precisa que toda declaración rendida ante autoridad distinta de la judicial es nula y por tanto no puede ser tomada en cuenta para efectos de la responsabilidad del acusado. También será nula la declaración rendida ante la autoridad judicial si el acusado no se encuentra asistido por su abogado. Esta reforma es importante, ya que durante los interrogatorios se siguen imponiendo maltratos y presiones indebidas sobre los individuos en no pocos casos (en algunos se llega incluso hasta la tortura, que ha disminuido notablemente en los últimos años, pero que por desgracia aún no ha desaparecido).

La confesión del acusado ha sido una de las bases fundamentales del proceso penal pre-moderno. Por el contrario, en los Estados constitucionales la posibilidad de fundar una sentencia condenatoria sobre la base (única o esencial) de la confesión es prácticamente nula. En un sistema penal garantista, la confesión es vista más que como un arma de la acusación, como un medio de defensa del procesado que

<sup>14</sup> Valadés, Diego, “Derecho de la educación”, *Enciclopedia jurídica mexicana*, México, UNAM-Porrúa, 2002, t. VII, p. 816.

le permite refutar la acusación y argumentar lo necesario para mantener su presunción de inocencia.

El régimen jurídico de la confesión ha ido avanzando en los últimos siglos para establecer progresivamente, entre otras cuestiones, la prohibición de que se exija al acusado el juramento de decir verdad, que se le reconozca el “derecho al silencio”, que se le permita faltar a la verdad en sus respuestas, así como eliminar todas las formas “artificiales” de recabarla, empezando por la tortura y terminando por las diversas maneras de manipulación psíquica a través de drogas o de hipnosis.<sup>15</sup>

En la medida en que la iniciativa se dirige a limitar el uso de la confesión como arma para construir la culpabilidad del acusado, debe verse como un avance en la protección de los derechos de todas las personas que enfrentan un proceso penal.

## 2. *Las instituciones encargadas de la procuración de justicia*

El segundo objetivo de la iniciativa es cambiar de forma importante el régimen jurídico de los órganos encargados de la procuración de justicia. Actualmente hay un gran malestar en la opinión pública como consecuencia de la sospecha de que las procuradurías de justicia actúan en ocasiones con base en consideraciones políticas más que jurídicas; seguramente se trata de sospechas que existen en varios países. Para eliminar esas sospechas, que en alguna medida tienen fundamento, se propone crear unos órganos autónomos que sustituyan a la Procuraduría General de la República a nivel federal y a las procuradurías de los Estados, respectivamente. Se trata de una idea que se había sustentado desde hace años por importantes juristas que trabajan en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM<sup>16</sup> y que es muy conocida en el derecho comparado. La iniciativa propone crear órganos autónomos que se llamarían “Fiscalías” y que funcionarían tanto en el nivel federal como en las entidades federativas.

<sup>15</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., nota 12, p. 608.

<sup>16</sup> Véase, por ejemplo, las propuestas de Fix-Zamudio, Héctor, *Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo*, México, UNAM, 2002; un amplio compendio de opiniones en el mismo sentido se encuentra en Carbonell, Miguel (coord.), *Retos y perspectivas de la procuración de justicia en México*, México, UNAM, 2004.

Si la reforma se llega a aprobar, el nombramiento del “Fiscal General de la República” correría a cargo del presidente pero necesitaría ratificación del Senado. Una vez nombrado duraría en el cargo cinco años, pudiendo ser ratificado por otro periodo igual. Su remoción solamente se podría dar a través de un procedimiento de juicio político o de declaración de procedencia; es decir, tendría en los hechos prácticamente asegurada la inamovilidad.

Aparte del fiscal general, la iniciativa contempla la creación de los fiscales de circuito, que tendrán una competencia territorialmente determinada. Los fiscales de circuito serán también nombrados por el presidente de la república a propuesta del fiscal general y deberán ser ratificados en el cargo por el Senado; durarán en el cargo cuatro años y podrán ser ratificados por un periodo igual de tiempo.

La autonomía de los órganos de procuración de justicia es necesaria y puede ser muy positiva. Sergio García Ramírez ha escrito sobre el tema que:

Ha llegado el tiempo de que el Ministerio Público se asuma como órgano autónomo del Estado mexicano... En mi opinión debiera cumplirse de una vez la independencia de la institución, porque existe la necesidad y la posibilidad de hacerlo: un órgano autónomo recorrería con vientos más favorables su misión en el Estado moderno, que es el Estado de hoy. Vale la pena intentarlo. No sería aventura, sino culminación de un ascenso, favorecido por las nuevas circunstancias.<sup>17</sup>

Por su parte, Fix-Zamudio explica esta idea con las siguientes palabras:

Es preciso lograr que el Ministerio Público no dependa jerárquica y discrecionalmente del Poder Ejecutivo, tanto en el ámbito federal como de las entidades federativas, y en esta dirección basta pasar revista a los cambios recientes que se observan en varios ordenamientos latinoamericanos, en los cuales o bien se adscribe al Ministerio Público al Poder Judicial, o bien se le otorga autonomía respecto del Ejecutivo, con el objeto de conferirle una mayor independencia.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> García Ramírez, Sergio, “A manera de prólogo. La obra de Fix-Zamudio y la institución del Ministerio Público”, en Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota anterior, p. 14.

<sup>18</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 16, p. 171.

La autonomía del Ministerio Público es necesaria para permitir la eficaz persecución de delitos cometidos desde el poder público. Si se combina la dependencia jerárquica del Ministerio Público con el monopolio de la acción penal en su favor, se tiene casi el peor de los escenarios posibles para combatir la corrupción y se incentivan fenómenos de protección de la clase político-partidista en el poder respecto de actos delictivos cometidos por funcionarios públicos o por militantes de la propia fuerza política. Como lo señala Perfecto Andrés:

Repensar seriamente el proceso penal, en particular la posición institucional de los sujetos encargados de gestionarlo y, más todavía, la del responsable del ejercicio de la acción pública, exige dotar a unos y otros de un estatuto que les haga realmente capaces de actuar con independencia y eficacia, desde la legalidad, sobre las manifestaciones delincuenciales que se produzcan en el interior del propio Estado.<sup>19</sup>

Según el mismo autor, como pone en evidencia el caso italiano en los procesos iniciados en el movimiento que fue conocido como *Mani Pulite*, “sólo desde la independencia ha resultado posible hacer frente —en la limitada medida que cabe hacerlo, no nos engañemos— a la brutal evidencia de una clase política y un Estado masivamente delincuentes”.<sup>20</sup>

La dependencia orgánica del Ministerio Público respecto al Poder Ejecutivo no asegura el mejor cumplimiento del principio de legalidad, como lo había advertido desde hace décadas Francesco Carrara, quien al respecto sostenía que “si (el fiscal) estuviera encadenado al Poder Ejecutivo, será mentira llamarlo *representante de la ley*, no siendo sino un investigador *representante del gobierno*, que siempre pondrá el *querer de éste* por encima de la *voluntad de la ley*”.<sup>21</sup>

La independencia o autonomía del Ministerio Público, finalmente, encajarían bien en una teoría garantista del derecho, pues como afirma Luigi Ferrajoli, hay que extender a los órganos de la acusación penal:

<sup>19</sup> Andrés Ibáñez, “Por un Ministerio Público dentro de la legalidad”, *Nueva doctrina penal*, Madrid, 1998, p. 439.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 463.

<sup>21</sup> Citado por *ibidem*, p. 451.

Las mismas garantías de *independencia* y de *sujeción sólo a la ley*, reservadas a los órganos judiciales... lo que se precisa, en garantía de la obligatoriedad de la acción penal y por tanto de su sujeción sólo a la ley, es también la total autonomía del órgano encargado de su ejercicio, frente a cualquier poder o condicionamiento, y, además, la existencia de una policía eficiente, profesionalizada, a su vez libre de las injerencias del ejecutivo o de otros poderes, situada bajo su dependencia.<sup>22</sup>

La última parte de la cita que se acaba de transcribir de Ferrajoli da paso para discutir otro asunto central en la definición del carácter autónomo de las instituciones encargadas de procurar justicia: se trata de la ubicación institucional de la policía ministerial.

Es obvio que ese tema fue uno de los dilemas que tuvieron que enfrentar los redactores de la iniciativa: ¿qué hacer con la policía judicial (hoy llamada Agencia Federal de Investigaciones) que actualmente tiene bajo su mando la Procuraduría General de la República? Es decir, ¿podría el nuevo órgano autónomo llamado Fiscalía General tener bajo sus órdenes a una fuerza policíaca? La iniciativa responde negativamente y propone que los cuerpos policíacos federales se unifiquen dentro del ámbito competencial de la ya existente Secretaría de Seguridad Pública. No parece un criterio muy atinado y de hecho es una de las cuestiones que más críticas ha generado en sectores académicos.

### 3. *Delincuencia organizada*

Una de las cuestiones más inquietantes o menos acertada de la iniciativa es la que tiene que ver con la propuesta de permitir que la ley establezca el régimen jurídico penal para el combate a la delincuencia organizada. Actualmente ya tenemos una Ley contra la Delincuencia Organizada que ha sido muy cuestionada por los expertos, que han considerado con toda razón que varios de sus artículos son inconstitucionales.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., nota 12, p. 570.

<sup>23</sup> El estudio más completo que hay sobre el tema, hasta donde tengo información, es el de García Ramírez, Sergio, *Delincuencia organizada*, 3a. ed., México, UNAM-Porrúa, 2002.

La idea de permitir que el legislador emita un conjunto de reglas penales que sean aplicables solamente al fenómeno de la delincuencia organizada, creando de esa forma un subsistema penal de excepción, es algo muy peligroso, que puede generar graves riesgos para los derechos fundamentales de todos los que vivimos en México. Para empezar, la Constitución no da, ni actualmente ni en el caso de que se apruebe la reforma, base alguna para determinar en qué casos la ley puede considerar una conducta como de “delincuencia organizada”; tampoco se establece en la propuesta de modificación constitucional si la ley correspondiente deberá observar las previsiones generales de la Constitución o si por el contrario el legislador tendrá una especie de “cheque en blanco” tratándose de ese tipo de delincuencia.

La creación de subsistemas penales de excepción es bien conocida en otros países y se ha justificado con frecuencia apelando al riesgo que ciertos fenómenos delictivos entrañan para la democracia. Lo cierto es que con la excusa de combatir el terrorismo, el narcotráfico, la trata de personas, el robo organizado de vehículos, las mafias y camorras de distinto signo, etcétera, se ha terminado vulnerando la lógica y el sentido tanto del derecho penal sustantivo como de los procedimientos penales que deben regir en un Estado de derecho.

Así, por ejemplo, ha sido recurrente la inclusión en las leyes de procedimientos penales de las “sanciones pactadas” o de los “arreglos procesales”, que disfrazados bajo el *principio de oportunidad* han hecho de la jurisdicción penal un amplio campo de negociación entre la parte acusadora y el inculpaado. En este contexto:

El destino del reo tras la imputación corre el riesgo de ser confiado, más que al juicio en el sentido propio de su responsabilidad, a un largo e incierto partido que tiene la forma de una negociación ininterrumpida con la administración de justicia: primero, con la acusación, para la rebaja de la pena legal, e inmediatamente después, con las autoridades penitenciarias y con los jueces de vigilancia, para la rebaja de la pena judicial.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> Ferrajoli, *Derecho y razón...*, *cit.*, nota 12, p. 828.

#### IV. CONCLUSIÓN

La situación de la justicia penal en México genera muchos motivos de insatisfacción. Es probable que ninguna reforma pueda acabar de golpe con décadas de incapacidad, negligencia y corrupción, pero tenemos el deber de intentar generar cambios institucionales en el ámbito de la justicia, pues lo peor que puede pasar es que nos quedemos como estamos.

De la calidad de esos cambios, de su compromiso con los derechos fundamentales de todos los involucrados en los procesos penales (acusados, víctimas, sentenciados, menores de edad, etcétera) dependerá en buena medida que se reviertan las ominosas estadísticas que ofrecimos en la primera parte de este ensayo. Para vigilar que ese proceso de cambio concluya exitosamente es importante que la opinión pública conozca las propuestas de reforma que se han presentado y que en la medida de lo posible acompañe la discusión que ya ha comenzado en las cámaras legislativas.

Dicha discusión no debería perder de vista, sin embargo, algunos aspectos que por diversas razones no fueron abordados en la iniciativa presidencial, como los siguientes:

- a) El establecimiento de un sistema normativo único en materia penal, de forma que tengamos solamente un código penal y uno de procedimientos que sean aplicables en toda la república. ¿Es lógico o razonable tener 33 códigos penales y 33 códigos de procedimientos penales? Una reforma indispensable consiste en unificar la legislación penal.
- b) La autonomía del Ministerio Público (o de la fiscalía, como se le llamará en caso de que la reforma presidencial sea aprobada) debe balancearse con medios externos de control sobre la institución; hay evidencia suficiente como para suponer que los medios internos —que son en lo fundamental los que están actualmente vigentes— no tienen un funcionamiento adecuado.<sup>25</sup> Dar amplias facultades de revisión y supervisión al Poder Judicial sobre la tarea de las procuradurías puede ser una ruta que debe

<sup>25</sup> Véase, al respecto, las reflexiones de Zepeda Lecuona, *op. cit.*, nota 2, pp. 341 y ss.

ser analizada; también debe ponderarse la existencia de vías de control parlamentario, como lo puede ser la figura de la comparecencia ante el pleno o las comisiones de alguna de las cámaras del congreso del fiscal general o de los fiscales de circuito.

- c) La reforma no propone romper con el monopolio de la acción penal que actualmente tiene el Ministerio Público. ¿Por qué los particulares no pueden llevar ante un juez penal un asunto y que sea el juez el que determine si hay elementos suficientes para abrir el juicio en contra de un tercero? ¿Por qué mantene-mos en México esa inexorable aduana que nos obliga a pasar por el Ministerio Público como requisito para abrir las puertas del proceso penal? Sobre esta importante cuestión, Sergio García Ramírez ha hecho las siguientes consideraciones:<sup>26</sup>

¿Por qué no abrir el espacio para que el particular pueda, en determinadas hipótesis, constituirse en actor penal?... Si alguna vez pareció... necesario que el ofendido... quedase al margen de la acción penal, propiamente, tal vez ahora lo sea de que la reasuma y esgrima directamente ante el órgano jurisdiccional en asuntos de preponderante interés privado... Sería privatización, sí, pero sana y oportuna privatización. Por lo demás, tampoco se trataría de dejar al indiciado a merced del poderoso —es decir, agobiado por su propia debilidad, su temor, su ignorancia, su desvalimiento—; se podría generar un sistema de acción subsidiaria y necesaria a cargo del Ministerio Público...

- d) Un buen diseño institucional es muy importante para el correcto funcionamiento de los órganos del Estado. El nuevo régimen de autonomía que propone la iniciativa de Fox, como ya se ha dicho, camina en el camino correcto en este sentido. Pero no hay que olvidar que uno de los mayores obstáculos de la procuración de justicia en México es la ineficacia institucional, es decir, la falta de capacidad de las instituciones para ejercer las facultades que les dan la Constitución y las leyes. Los datos ofrecidos en las primeras páginas de este ensayo acreditan dicha ineficacia. El problema es complejo y no admite simplificaciones engañosas. Lo cierto es que, actualmente, las procuradurías son insti-

<sup>26</sup> García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 17, p. 17.

tuciones burocratizadas, rebasadas en su capacidad por la enorme demanda de trabajo que les llega y con pocos medios materiales para realizar su cometido.<sup>27</sup>

Junto a las reformas normativas —que son indispensables— deberán emprenderse también, para hacerlas efectivas, profundas modificaciones administrativas para dar “capacidad de respuesta” a las procuradurías, lo que incluye entre otras muchas cuestiones la creación de una “carrera fiscal”, semejante a la “carrera judicial” que ya existe en los órganos encargados de la administración de justicia. La carrera fiscal o ministerial permitiría que los agentes del Ministerio Público tuvieran las mismas garantías que tienen los jueces (inamovilidad, remuneración, estabilidad, etcétera).<sup>28</sup> Podría tomarse quizá, como ejemplo, el caso de Portugal, en donde existe un Consejo Superior del Ministerio Público, compuesto mayoritariamente por fiscales que garantiza la independencia externa y que asegura las mejores condiciones para el acceso a la función ministerial, que en todo caso es a través de concurso público.<sup>29</sup> La iniciativa de Fox da los primeros pasos en este sentido, aunque será muy importante ver el desarrollo que se le da en la legislación ordinaria de desarrollo.

<sup>27</sup> Zepeda Lecuona, *op. cit.*, nota 2, pp. 358 y ss.

<sup>28</sup> Fix-Zamudio, *op. cit.*, nota 16, p. 171; Zepeda Lecuona, *op. cit.*, nota 2, pp. 418 y ss.

<sup>29</sup> Andrés Ibáñez, “Por un Ministerio Público dentro de la legalidad”, *cit.*, nota 19, p. 444.