

LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO PENAL

THE CONSTITUTION AND THE CRIMINAL LAW

Eduardo LÓPEZ BETANCOURT*

RESUMEN.- El artículo repasa el contenido del capítulo procesal penal de la Constitución Política de 1917, acudiendo al texto original y comentando algunas de las principales reformas relacionadas. Se revisan también otras disposiciones dispersas en el texto de la Ley Fundamental que tienen incidencia en la materia penal. Se sostiene una posición crítica respecto a las numerosas reformas sobre el tema.

PALABRAS CLAVE.- Constitución; Derecho penal; Garantías penales. Reformas; artículo 20

ABSTRACT.- The article reviews the content of the criminal procedural chapter of the Political Constitution of 1917, referring to the original text and commenting on some of the main reforms. Other provisions are also scattered in the text of the fundamental law that has an impact on criminal matters. A critical position is maintained with regard to the many reforms on the subject.

KEYWORDS: Constitution; Criminal law; Criminal guarantees; Reforms; Article 20.

* Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM

Fecha de recepción 14 de octubre de 2016, fecha de aprobación para su publicación 2 de febrero de 2017.

Revista de la Facultad de Derecho de México
Tomo LXVII, Número 267, Enero-Abril 2017

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Capítulo de Derecho procesal penal de la Constitución*. A) *Artículo 16 Constitucional*. B) *Artículo 17 Constitucional*. C) *Artículo 18 Constitucional*. D) *Artículo 19 Constitucional*. E) *Artículo 20 Constitucional*. F) *Artículo 21 Constitucional*. G) *Artículo 22 Constitucional*. III. *Otras disposiciones penales en la constitución*. A) *Delitos de origen constitucional*. B) *Facultades legislativas penales del congreso*. IV. *Comentarios Finales*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada el 5 de febrero de 1917 representa uno de los puntos cumbre en la historia del derecho nacional. Su prestigio se sustenta sobre todo en su apartado de derechos sociales, al haber sido el primer documento constitucional en el mundo en incluirlos en su texto. Sin embargo, sus aciertos no se restringen a ese ámbito. En la materia penal, rubro que interesa a este artículo, la Constitución se ocupa de cuestiones fundamentales para la protección de la libertad y los bienes más preciados de los individuos frente al abuso del poder penal, dando mayor desarrollo a las garantías penales que ya habían sido vislumbradas en su antecedente, la Carta Magna de 1857.

En su discurso pronunciado en la sesión de apertura del Congreso Constituyente, el 1 de diciembre de 1916, Venustiano Carranza planteó con claridad algunos de los “males” en materia procesal penal que pretendía combatir el proyecto constitucional:

El artículo 20 de la Constitución de 1857 señala las garantías que todo acusado debe tener en un juicio criminal; pero en la práctica esas garantías han sido enteramente ineficaces, toda vez que, sin violarlas literalmente, al lado de ellas se han seguido prácticas verdaderamente inquisitoriales, que dejan por regla general a los acusados sujetos a

LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO PENAL

la acción arbitraria y despótica de los jueces y aun de los mismos agentes o escribientes suyos.

Conocidas son de ustedes, señores diputados, y de todo el pueblo mexicano, las incomunicaciones rigurosas, prolongadas en muchas ocasiones por meses enteros, unas veces para castigar a presuntos reos políticos, otras para amedrentar a los infelices sujetos a la acción de los tribunales del crimen y obligarlos a hacer confesiones forzadas, casi siempre falsas, que sólo obedecían al deseo de librarse de la estancia en calabozos inmundos, en que estaban seriamente amenazadas su salud y su vida.

El procedimiento criminal en México ha sido hasta hoy, con ligerísimas variantes, exactamente el mismo que dejó implantado la dominación española, sin que se haya llegado a templar en lo más mínimo su dureza, pues esa parte de la legislación mexicana ha quedado enteramente atrasada, sin que nadie se haya preocupado en mejorarla.

Diligencias secretas y procedimientos ocultos de que el reo no debía tener conocimiento, como si no se tratase en ellos de su libertad o de su vida; restricciones del derecho de defensa, impidiendo al mismo reo y a su defensor asistir a la recepción de pruebas en su contra, como si se tratase de actos indiferentes que de ninguna manera podrían afectarlo y, por último, dejar la suerte de los reos casi siempre entregada a las maquinaciones fraudulentas y dolosas de los escribientes, que por pasión o por vil interés alteraban sus propias declaraciones, las de los testigos que deponían en su contra, y aun las de los que se presentaban a declarar en su favor.

La ley concede al acusado la facultad de obtener su libertad bajo de fianza durante el curso de su proceso; pero tal facultad quedó siempre sujeta al arbitrio caprichoso de los jueces, quienes podían negar la gracia con sólo decir que tenían temor de que el acusado se fugase y se substraiera a la acción de la justicia.

(...)

Las leyes vigentes, tanto en el orden federal como en el común, han adoptado la institución del ministerio público, pero tal adopción ha sido nominal, porque la función asignada a los representantes de aquél, tiene carácter meramente decorativo para la recta y pronta administración de justicia.

Los jueces mexicanos han sido, durante el período corrido desde la consumación de la independencia hasta hoy, iguales a los jueces de la época colonial: ellos son los encargados de averiguar los delitos y buscar las pruebas, a cuyo efecto siempre se han considerado autorizados a emprender verdaderos asaltos contra los reos, para obligarlos a confesar, lo que sin duda alguna desnaturaliza, las funciones de la judicatura.¹

Me he permitido citar este fragmento tan amplio del discurso de Carranza, esperando que el lector identifique por sí mismo la atemporalidad que subyace en los párrafos. Al margen del estilo discursivo, los problemas de fondo mencionados por Carranza podrían ser los mismos que alentaron las reformas constitucionales de junio de 2008. Por supuesto, el contexto es muy distinto, pero en buena medida parecen ser los mismos conflictos; solo es cuestión de enunciarlos en los términos contemporáneos: ineficacia de las garantías previstas en la constitución frente a las prácticas “inquisitoriales” de los funcionarios; falta de intermediación, al ser resueltos los asuntos no por el juez sino por otros funcionarios; incomunicaciones, maltratos, tortura y confesiones forzadas; procedimientos anacrónicos, con prácticas decimonónicas y aun más antiguas; violaciones al principio de publicidad; condenas sin pruebas suficientes; abusos de la prisión preventiva; ineficiencia del Ministerio público y falta de separación de funciones, al corresponder a los mismos funcionarios judiciales las labores de investigar, acusar y enjuiciar.

¿Qué sucedió, si las problemáticas que pretendió enfrentar el proyecto constituyente de 1917, fueron diagnosticadas e impulsaron nuevamente reformas de gran calado casi noventa años después? ¿Fracasó la Constitución en esa tarea de perfilar un proceso penal acorde a garantías ya concebidas desde 1857, pero nunca llevadas a la práctica? La respuesta a estas complejas interrogantes requiere establecer cuáles fueron los principios funda-

¹ *Diario de los Debates del Congreso Constituyente*, Querétaro, Tomo I, núm. 12, I de diciembre de 1916, pp. 263-264.

mentales en materia penal y procesal dispuestos en la Constitución y su desarrollo.

En esa medida, el presente artículo, que se presenta para la edición de la Revista de la Facultad de Derecho dedicada al centenario de la Constitución, realiza una revisión de los principios penales fundamentales dispuestos en el texto original de 1917, así como de la evolución que han tenido en sus diversas reformas, hasta llegar finalmente a la implementación del sistema procesal acusatorio en 2008.

Desde el principio he de aclarar que mi visión es poco complaciente, más bien crítica de la “reformitis” —si se permite la expresión— que ha padecido el texto constitucional. La realidad, muchas veces amarga, lo que revela es que las reformas nunca serán bastantes, mientras no se atienda el problema real, que es siempre el mal desempeño de los hombres.

II. CAPÍTULO DE DERECHO PROCESAL PENAL DE LA CONSTITUCIÓN

A) ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL

El capítulo punitivo de la Constitución Política de 1917 se establece principalmente en los numerales que prevén el elenco de garantías procesales penales, ahora entendidas como derechos humanos de las partes en el proceso. Si se atiende a la doble finalidad de un proceso penal de ascendencia liberal, como el mexicano, la Constitución se decanta en estos artículos por prever lo necesario para la protección del inocente, garantizando los derechos y libertades de los ciudadanos frente a persecuciones penales arbitrarias. Tratándose del otro propósito del proceso,

la imposición de la pena a los culpables, queda entendido en relación con el proceso justo, y el tema de asegurar su eficacia se reserva para la legislación procesal.

Estos preceptos “otorgan una serie de garantías al gobernado para hacer frente a la pretensión punitiva del Estado”. Suelen identificarse como preceptos de este capítulo penal el artículo 13, que establece la garantía de igualdad penal; los artículos 14, 16, 19, 20, 21, 22, 23 que prevén las garantías de seguridad jurídica penal, así como las garantías de la libertad personal en materia penal, de los artículos 11, 17 y 18. En su conjunto, estos artículos constituyen el “puente de enlace” natural entre la materia penal y la constitucional, al grado que su estudio se ha llamado inclusive “Derecho penal constitucional”.²

En otra perspectiva, García Ramírez habla del “régimen procesal penal de la Constitución”, el cual desde su posición comprende seis series de preceptos procesales: el principio de legalidad penal, procesal y ejecutiva; prevenciones orgánicas sobre la jurisdicción, la acusación y la defensa; los principios procesales; disposiciones sobre medidas cautelares o precautorias, como la detención y prisión preventiva; las estipulaciones sobre procedimientos parapenales especiales por el sujeto; y un sexto grupo de normas diversas de contenido procesal penal, como las relativas al tema de la impugnación.³

Considerando que un estudio exhaustivo excedería por mucho el propósito —y el espacio— de estas páginas, me permito hacer solo algunos señalamientos sobre el contenido de esos artículos que integran el capítulo procesal penal de la Constitución, también llamado por la doctrina como la “Carta magna

² OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge, *Derecho constitucional penal*, México, Porrúa, 2005, tomo I, pp. 1 y ss.

³ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Comentario al artículo 20”, en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, México, H. Cámara de Diputados, LV Legislatura, Miguel Ángel Porrúa, 1994, tomo III, p. 856.

del delincuente”.

Este precepto es de los pocos que mantiene en lo sustancial su texto original (solo se suprimió de su párrafo segundo la alusión a la privación de la vida, cuando la pena de muerte fue prohibida en el país en 2005). Su texto consagra principios relevantes para la materia punitiva como el de no retroactividad perjudicial de la ley, el derecho al debido proceso o también garantía de audiencia, y la estricta legalidad penal. Su germen ya aparecía en la Constitución de 1857, que en el artículo del mismo número señalaba la garantía de que “Nadie puede ser juzgado ni sentenciado sino por leyes dadas con anterioridad al hecho, y exactamente aplicadas á él, por el tribunal que previamente haya establecido la ley”.

El principio del juicio ajustado a la exacta aplicación de la ley, también conocido como principio de estricta legalidad en materia penal (*nullum crimen nulla poena sine lege*), se refleja no solo en el momento de la aplicación jurisdiccional de la ley (*nulla poena sine iudicio*), sino que además extiende su mandato al legislador, bajo la forma de la máxima taxatividad, que supone el deber de establecer los tipos penales con la mayor concreción, precisión y claridad posibles.

Sobre este asunto, si hay que identificar incumplimientos de los preceptos constitucionales, en el ámbito de la taxatividad penal pueden buscarse los primeros. La legislación penal mexicana se ha caracterizado por su mala calidad; muchos tipos penales resultan imprecisos, con abundancia de elementos cuya interpretación queda sujeta a la discrecionalidad del juez. Junto con esto, en últimas décadas se ha acentuado el proceso de descodificación, con lo cual, se ha aumentado exponencialmente el número de delitos previstos en una gran cantidad de leyes especiales. A consecuencia de esto, se tiene una legislación dispersa y desorganizada, lo que quebranta la racionalidad del sistema ju-

rídico penal.⁴

B) ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL

El texto de este artículo constituye uno de los pilares del régimen de seguridad jurídica en el Estado mexicano. Prevé las garantías de legalidad que aseguran el derecho de toda persona a gozar de la esfera mínima requerida para el desarrollo de su personalidad, la cual comprende su libertad física, sus posesiones, el ámbito de su vida familiar y el domicilio. Su relación con el derecho procesal penal se da al establecer los límites de actos como las aprehensiones, detenciones y cateos, que constituyen injerencias al ámbito mínimo de inviolabilidad de la persona, y que en nuestro derecho se conocen como “actos de molestia”.

La redacción del párrafo primero, que establece el derecho a estar a salvo de molestias arbitrarias, tiene también su germen en la Constitución de 1857, que ya preveía como requisito central el mandamiento escrito de la autoridad competente, fundado y motivado. Desde 1917, el artículo ha sido reformado en seis ocasiones; las principales reformas se han referido precisamente a los límites de los actos de molestia dictados en una investigación penal.

El texto vigente contempla en su párrafo tercero lo relativo a la aprehensión, que es el acto de molestia contra la libertad por antonomasia. Los requisitos de este acto, esquemáticamente, han sido tres: primero, que la orden se dicte por autoridad competente, existiendo reserva judicial sobre la misma; en el nuevo sistema de justicia la tarea compete a los jueces de control. Segundo, que la autoridad no actúe de propia iniciativa, en ejerci-

⁴ Para un panorama sobre las leyes penales especiales vid. López Betancourt, Eduardo y Fonseca Luján, Roberto, *Tipos Penales en Leyes Federales y Generales*, México, Porrúa, 2013.

cio de facultades inquisitoriales o por pesquisas generales, sino que previamente debe haber tenido noticia de la comisión de un probable delito, mediante denuncia o querrela, siendo además un delito grave, en tanto la ley lo sancione con pena privativa de libertad. Tercero, que exista un mínimo de prueba para acreditar tanto la comisión del hecho como la posible intervención del sujeto que ha de ser aprehendido.

La definición de ese tercer elemento, el mínimo probatorio necesario para el otorgamiento de la orden de aprehensión, ha sufrido múltiples modificaciones y ha estado sujeta a amplias discusiones en la doctrina, en relación directa con el mínimo probatorio previsto en el artículo 19, requerido para la sujeción a proceso. El texto original de 1917 del artículo 16 exigía que la denuncia o querrela debían estar apoyadas “por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado”. En complemento, el artículo 19 solicitaba que para el dictado del auto de formal prisión era requerido que los datos derivados de la averiguación previa fueran “bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado”.

Como parte de la amplia reforma en materia penal publicada en el DOF el 03-09-1993, se modificaron esos criterios probatorios. El texto establecido en esa fecha exigió para la procedencia de la orden de aprehensión la existencia de datos que acreditaran los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado. Esta reforma se mantuvo solo durante seis años, puesto que el nuevo criterio planteó diversos problemas de aplicabilidad. El tema fue —como se comenta con mayor detalle al hablar del artículo 19—, la confusión que se dio entre las nociones de “cuerpo del delito” y “elementos del tipo”. De este modo, la reforma publicada en el DOF el 08-03-1999 eliminó la expresión elementos del tipo y cambió el estándar a la existencia de datos para acreditar el cuerpo del delito y la probable

responsabilidad del indiciado.

Finalmente, la reforma publicada en el DOF el 18-06-2008 sentó el estándar actual, que en su momento fue criticado por la doctrina garantista, por resultar mucho más flexible, en tanto los datos que exige ya no han de “acreditar” nada, sino sólo establecer que se ha cometido el hecho y que existe probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Esta reforma de junio de 2008 al artículo 16 concretó también la constitucionalización del régimen procesal excepcional de la delincuencia organizada. Con la inclusión de los actuales párrafos octavo y noveno al texto del artículo, el poder reformador de la Constitución buscó dar por concluido el debate sobre la inconstitucionalidad del arraigo y otras limitaciones a garantías previstas dentro del marco de la persecución y sanción de esta clase de criminalidad. Ha quedado así dispuesto en la Constitución la existencia de un “doble” sistema de procesamiento penal en México: uno dirigido a la delincuencia común, con todo el elenco de garantías, y un segundo con garantías atenuadas, que se ha considerado expresión de un derecho penal del enemigo “a la mexicana”, en el que “los enemigos” son los miembros de la delincuencia organizada.

El párrafo noveno introduce una definición de delincuencia organizada, la cual retoma los lineamientos de política criminal trazados por instrumentos como la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Ha sido común el señalamiento crítico de que el texto constitucional no es el lugar adecuado para incluir una previsión de esta índole.

Particularmente controversial ha sido la figura del arraigo, cuyos requisitos se disponen en el actual párrafo octavo del artículo. El arraigo constituye una auténtica detención: a la persona se le restringe la libertad, al disponerse su ingreso y custodia

dentro del establecimiento o centro de arraigos que compete. La facultad de decretar este acto de molestia excepcional se reserva a la autoridad judicial, a solicitud del Ministerio Público, que ha de argumentar que la medida es necesaria para el éxito de la investigación, para la protección de personas o bienes jurídicos, o por la existencia de riesgo de fuga. El arraigo conlleva una inversión de la secuencia a que obliga la presunción de inocencia: en lugar de detenerse preventivamente a una persona tras haberse encontrado datos de su probable responsabilidad, se le detiene primero para llevar a cabo la investigación.

Sobre este artículo 16, cabe también comentar que una de las modificaciones más destacadas de la reforma constitucional publicada en junio de 2008, fue la introducción de la figura de los jueces de control, como encargados de vigilar la observancia de los principios constitucionales durante las primeras fases de actividad de la maquinaria penal. La figura de estos jueces, afines a los jueces de garantías en otras latitudes, resulta fundamental en el tránsito hacia el sistema penal acusatorio, en tanto les corresponde velar porque la oralidad, contradicción, inmediación, publicidad, y otros principios se observen también en la etapa de investigación y en la preparación al juicio.

Según el texto del artículo 16, al juez de control le corresponde autorizar los actos de molestia expresamente regulados en el precepto, como son la aprehensión, el arraigo, los cateos y las intervenciones de comunicaciones. Asimismo, le corresponde conocer de aquellos otros actos para los cuales la legislación procesal exija control judicial expreso, como pueden ser la medidas cautelares, providencias precautorias y determinadas técnicas de investigación.

De nueva cuenta, el tema a discutir puede ser el desorden que caracteriza a las reformas constitucionales, pues estas previsiones sobre las competencias del juez de control, relativas a la estructura orgánica del poder judicial, se han metido a la fuerza

en un precepto constitucional que por su ubicación sistemática debiera ceñirse a prever normas de derechos fundamentales.

C) ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL

El texto original de 1917 dispuso de manera central la garantía fundamental de estar a salvo de sanciones privativas de libertad a consecuencia del incumplimiento de obligaciones meramente civiles. Esta prohibición de la “prisión por deudas”, se fue recorriendo en los procesos de reforma; de ser el primer enunciado en 1917, aparece actualmente como un último párrafo que parece haber perdido importancia frente a los otros temas introducidos en el artículo. Sin embargo, la garantía que establece es insoslayable, y funge como un mandato dirigido al legislador penal, quien tiene vedado crear tipos penales que puedan significar sancionar penalmente meros incumplimientos contractuales.

El artículo contempla en su segundo párrafo el derecho de acceso a la justicia, que corresponde a las partes involucradas en un proceso. En el caso del ámbito penal, tanto el imputado cuenta con este derecho, que funge como marco para su debido proceso, como la víctima tiene también la prerrogativa de acceder al ámbito jurisdiccional para perseguir una decisión en justicia. La imparcialidad judicial es garantía de este derecho, a la cual también se refiere el párrafo.

La ya mencionada reforma publicada en el DOF el 18 de junio de 2008, también incidió en este artículo, adicionando los párrafos relativos a la legislación en materia de mecanismos alternativos de solución de controversias, al establecimiento de un servicio de defensoría pública de calidad, y al deber de los jueces de explicar las sentencias orales a las partes, que es una disposición que busca aumentar la legitimidad de los fallos.

D) ARTÍCULO 18 CONSTITUCIONAL

Este precepto establece cuestiones fundamentales sobre la privación de la libertad. En primer lugar, la distinción entre la prisión como medida preventiva y la prisión como pena, que obliga a establecer centros de detención distintos para unos y otros sujetos, que se encuentran en una situación procesal totalmente diversa: para el detenido preventivamente su proceso apenas inicia, mientras para el sentenciado su juicio ya ha concluido con fallo condenatorio.

Desde 1917, se intentó establecer una limitación de la detención cautelar a los casos de acusados por los delitos más graves, aquellos que ameritaran pena “corporal” según el texto original, lo que se entiende como privativa de libertad. Sin embargo, esta limitación nunca ha funcionado en la práctica, por el simple hecho de que para el legislador penal, la costumbre ha sido asignar penas de prisión a la inmensa mayoría de los delitos. Con esto, la prisión preventiva ha sido la regla en nuestro sistema.

Una segunda cuestión fundamental prevista en este artículo es lo relativo a los fines de la pena de prisión en el sistema mexicano. Desde el texto original de 1917 se planteó que el sistema de penitenciarias y presidios se organizaría “sobre la base del trabajo como medio de regeneración”. De este modo, la orientación seguida por el Constituyente deja atrás las visiones meramente retributivas que entienden al castigo como un fin por sí mismo, para adoptar una posición preventivista, para la cual la sanción debe ser un medio para alcanzar un fin más valioso, como es la recuperación del reo para la sociedad.

Este ideal de que es posible influir en el reo durante su condena, para que tras la misma pueda volver a la sociedad como un ciudadano de bien que no vuelva a delinquir, se ha expresado en múltiples formas: como “regeneración”, “readaptación”, “re-

habilitación”, y en el texto actual se habla de “reinserción” a la sociedad. Sin embargo, lo que es clarísimo es que se ha tratado de una auténtica utopía, pues el sistema penitenciario mexicano sólo en casos muy excepcionales logra la resocialización del sujeto. Lo común es más bien, de forma lamentable, producir lo contrario: su ruina personal, dadas las condiciones atroces que debe enfrentar en la prisión; o bien, su “graduación” como delincuente, en las universidades del crimen que han sido las cárceles.

E) ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL

El texto original de este artículo se refería en lo sustancial al “auto de formal prisión”. Este auto aparece como una garantía de la libertad del imputado, pues su dictado resultaba obligatorio en un plazo máximo de tres días. Tras este período, o se le dejaba en libertad, o se “formalizaba” su detención mediante ese auto judicial, que debía expresar: “el delito que se impute al acusado, los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado”.

Estos requisitos exigidos por el artículo 19 se asumieron en la práctica como las finalidades de la averiguación previa. La investigación sin detenido debía reunir los datos no sólo para solicitar aprehensión, sino más bien los elementos para comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad que permitieran el otorgamiento de la formal prisión. De ahí la sinergia establecida entre los mínimos probatorios previstos en los artículos 16 y 19, y su evolución a la par en las reformas constitucionales.

Con base en esos dos preceptos, la interpretación y práctica jurisdiccional otorgó un papel central a la acreditación del

cuerpo del delito, como mínimo probatorio requerido para la aprehensión y la consecutiva formal prisión. El *corpus delicti*, se entendió como la descripción legal del delito, esto es, el conjunto de elementos objetivos o externos constitutivos de la materialidad de la figura delictiva, según jurisprudencia sentada.

Como parte de la amplia reforma en materia penal publicada en el DOF el 03-09-1993, se modificó ese criterio probatorio seguido hasta entonces, por considerarse que la expresión “cuerpo del delito” era imprecisa. El nuevo texto exigió para la procedencia de la orden de aprehensión la existencia de datos que acreditaran los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado, lo que se consideró que resultaba un estándar probatorio más estricto. Esta reforma se mantuvo solo durante seis años, puesto que el nuevo criterio presentó diversos problemas.

El problema con estas reformas, según apuntó la doctrina, es que se equiparó una noción procesal, que era la de cuerpo del delito, con una noción sustantiva, que era la de elementos del tipo penal. Desde el modelo finalista del delito que se venía imponiendo entre los operadores jurídicos, los elementos del tipo penal incluían los elementos subjetivos; los cuales, como era evidente, resultaba imposible acreditarlos en ausencia del imputado.⁵

Se decidió dar marcha atrás con la reforma publicada en el DOF el 08-03-1999. Se eliminó la expresión elementos del tipo y se cambió el estándar a la existencia de datos para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado. Se volvió así a cuerpo del delito, entendido como elementos objetivos del tipo.

Finalmente, la reforma publicada en el DOF el 18-06-2008

⁵ Vid. DÍAZ-ARANDA, Enrique, *Cuerpo del delito, probable responsabilidad y la reforma constitucional de 2008*, México, IJ-UNAM, 2009, pp. 57-77

sentó el estándar actual, que según ya se dijo para el artículo 16, resulta mucho más flexible, en tanto los “datos” que exige ya no han de “acreditar” nada, sino sólo establecer que se ha cometido el hecho ilícito y que existe probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Otra modificación fundamental dada en 2008 fue el cambio conceptual que significó eliminar la expresión “auto de formal prisión” (si bien ya desde 1993 se había introducido la variante del auto de sujeción a proceso) y reemplazarla por la de “auto de vinculación a proceso”. La sustitución se basa en la separación que ahora se establece entre el auto que sujeta a una persona a procesamiento, y la medida cautelar de prisión preventiva, que ya no se busca sea la regla general sino la excepción.

El nuevo sistema de justicia introducido en 2008 propone que durante el enjuiciamiento, la libertad del sujeto sea la regla general. Así, el artículo 19 apunta esa excepcionalidad de la prisión preventiva, al señalar que el Ministerio Público sólo la podrá solicitar cuando sea estrictamente necesaria, “cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizarla comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad”. Aquí ha de hacerse una ponderación entre esos otros fines en juego en el proceso, que compiten con la libertad del imputado.

Sin embargo, el propio poder reformador de la Constitución se alejó de ese objetivo de limitar la prisión preventiva, al introducir en el párrafo segundo del artículo 19, escenarios de prisión preventiva “oficiosa”. Es decir, que primero se sostiene como principio la “excepcionalidad” de la medida cautelar privativa de libertad, y luego, se señala en franca contradicción los casos en los que esa medida se aplicará “de oficio”, esto es, siempre. Como diversa doctrina identificó oportunamente, esta “prisión preventiva forzosa” ha sido un desacierto. Se ve aquí

claramente la tensión entre los fines democráticos de la reforma penal y sus desvíos autoritarios.⁶

F) ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL

En su redacción actual, constituye el núcleo del capítulo procesal penal de la Constitución. El texto original disponía en sus diez fracciones, las garantías del acusado en todo juicio del orden criminal. De esos derechos previstos originalmente, se mantiene el núcleo, si bien las modificaciones han suprimido del texto el derecho a la libertad bajo fianza, a solicitud, en el caso de delitos con pena no mayor a cinco años (fracción I); así como el llamado “careo” (fracción IV), y la posibilidad de ser juzgado por un jurado de ciudadanos (fracción VI). Los derechos han sido precisados en la óptica contemporánea, y además se han ido extendiendo a etapas previas al juicio, como la de averiguación previa, ante el Ministerio Público. Sin embargo, de los siete procesos de reforma que ha sufrido el artículo 20, las principales modificaciones no se refieren a los derechos del imputado, sino a lo previsto en los otros dos apartados que componen actualmente el texto.

El actual apartado C), referido a los derechos de las víctimas, constituye una de las modificaciones más relevantes respecto al texto original. Los derechos de la víctima aparecieron en el último párrafo del precepto como parte de la amplia reforma en materia penal publicada en el DOF el 03-09-1993. Los cuatro derechos principales estipulados en este primer momento fueron recibir asesoría jurídica, a la reparación del daño, a coadyuvar con el Ministerio Público y a recibir atención médica.

El catálogo de derechos fue ampliado por la reforma publi-

⁶ Vid. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La reforma penal constitucional* (2007-2008). ¿Democracia o autoritarismo?, 2ª ed., México, Porrúa, 2009, pp. 104 y ss.

cada en el DOF el 21-09-2000, que creó el apartado B) y detalló los derechos en seis fracciones. Finalmente, la reforma constitucional publicada en el DOF el 18-06-2008 también incidió en este tema, incluyendo expresamente el derecho fundamental a impugnar las omisiones del Ministerio Público. El actual apartado C) es clara muestra de la evolución del proceso penal impulsada por el ascenso de la víctima del delito, que ha pasado de ser la gran olvidada del proceso penal, a reclamar un lugar como contraparte procesal del delincuente, aunque matizado por el ejercicio público de la acción.

El actual Apartado A) confirma al artículo 20 como la columna vertebral del debido proceso penal, según se le había entendido desde temprano al contener los derechos, y ahora con más razón, al prever los principios del nuevo sistema de justicia acusatorio. De acuerdo con los primeros enunciados del artículo, el proceso penal será acusatorio y oral; se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e intermediación.⁷

Aunque la necesidad de afirmar esos principios es indubitable, lo que igualmente puede discutirse es si el texto constitucional resulta el sitio adecuado para prever cuestiones procesales específicas, como por ejemplo, los objetivos del proceso penal, las reglas sobre la carga de la prueba y el estándar de prueba requerido para condenar.

E) ARTÍCULO 21 CONSTITUCIONAL

El texto original de este precepto planteaba en su primer párrafo que: “La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministe-

⁷ Para un análisis de los principios *vid.* LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Juicios orales en materia penal*, México, IURE Editores, 2013.

rio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél”. El artículo ha sido reformado en cinco ocasiones, con el resultado de que su texto ha crecido en buena medida, aunque esa división de funciones originaria se mantiene en lo sustancial: la imposición de las penas le toca al juez, y la investigación de los delitos al Ministerio Público.

En el discurso de Carranza mencionado al inicio de este artículo, la figura del Ministerio Público se proponía como una institución fundamental para la renovación del sistema procesal. El texto del artículo 21 quedó vinculado a los preceptos orgánicos del artículo 102, en el cual se previó la figura del procurador general y sus funciones mínimas. En los Debates del Constituyente hubo discusión sobre la naturaleza del Ministerio Público, encargándose el Diputado José N. Macías de explicar con precisión los antecedentes y propósito de la institución: un órgano administrativo, representante de la sociedad, encargado de perseguir los delitos mediante la policía judicial. El Ministerio Público se planteaba como un órgano independiente frente al poder judicial, que hasta entonces había absorbido la labor de investigación y persecución de delitos.⁸

El Ministerio Público estaba destinado a ser una institución central en el modelo de justicia, asumiendo un rol de representante social que lamentablemente nunca se vio cristalizada. Durante el siglo XX, el Ministerio Público cayó progresivamente en el desprestigio, se le tachó de ineficiente y aun de corrupto. Para la ciudadanía, acudir a una agencia a denunciar un delito se vio como un auténtico *via crucis*.

Tras la reforma constitucional de 2008, muchas de las vacilaciones que se han padecido en la implementación del modelo acusatorio se achacan a los ministerios públicos, de quienes se dice que no están capacitados en la dinámica del nuevo sistema.

⁸ Vid. *Diario de los Debates del Congreso Constituyente*, Querétaro, Tomo II, núm. 44, 5 de enero de 1917, pp. 107-108.

Otras reformas se han preocupado por cuestiones accesorias, como si es mejor cambiarle el nombre a las procuradurías por el de “fiscalías” para imitar a otras naciones. En todo caso, ahora es claro que ya no es tiempo de reformas, sino que ha llegado el turno de los hombres: el buen o mal desempeño del Ministerio Público determinará si el modelo procesal acusatorio fracasa o logra mejorar la calidad de nuestro sistema de justicia.

Una modificación relevante introducida en este artículo 21 por la reforma de 2008 es la posibilidad del ejercicio de acción penal de parte de los particulares. Históricamente, el sistema mexicano se caracterizó porque el Ministerio público detentaba el monopolio de la acción penal. La concepción dominante afirmaba que la acción penal debía corresponder sólo a este ente, al consistir en una función esencialmente pública. Esto ha cambiado en la actualidad, debido a la mayor relevancia que se ha dado al papel de la víctima en el ámbito penal. Sin duda, es positivo que la víctima del ilícito tienda a asumir un papel más activo; superando la situación tradicional en la cual solía ser relegada a un papel secundario en el proceso penal, quedando en desequilibrio frente al sujeto activo.

Como parte de esa reivindicación de los derechos de la víctima, es que se formuló la posibilidad de otorgarle el ejercicio de la acción penal. Esto se discutió ampliamente por la doctrina, y hoy en día, la posibilidad aparece en el párrafo segundo del artículo.

F) ARTÍCULO 22 CONSTITUCIONAL

Este artículo establece límites a la potestad punitiva del Estado, que en el caso concreto se traducen en deberes dirigidos a los legisladores, que han de observarse al momento de establecer en las leyes las penas aplicables a los ciudadanos que resultan

responsables de un delito. El precepto contiene desde su redacción original dos temas básicos: la enumeración de las penas de aplicación prohibida en el derecho mexicano y la delimitación de las privaciones patrimoniales permitidas. El texto ha sido reformado en seis ocasiones, que han agregado cuestiones como la enunciación del principio de proporcionalidad, y las reglas que rigen el procedimiento de extinción de dominio.

La primera gran delimitación constitucional de las penas es la lista de castigos prohibidos, incluida en el primer párrafo del artículo en comento. Estas sanciones son aquellas que de aplicarse, lacerarían bienes fundamentales del individuo como la vida, la integridad física o la totalidad de su patrimonio.

La pena privativa de la vida fue incluida entre las penas prohibidas por reforma publicada en el DOF el 9-12-2005. Además de la pena de muerte, el artículo 22 proscribía la mutilación, la infamia, la marca, los azotes, los palos y el tormento de cualquier especie. Se trata de penas corporales en sentido estricto, en tanto se ejecutan sobre el cuerpo del sentenciado. Estas prácticas están actualmente proscritas en nuestro horizonte cultural, como resultado del proceso histórico de humanización del derecho penal, iniciado durante la época de la Ilustración, con Beccaria y su reacción contra los suplicios.

Respecto a las penas privativas de bienes, el texto del artículo prohíbe la multa excesiva y la confiscación. Una multa es excesiva cuando no es razonable en relación con el delito y el bien jurídico tutelado, o se impone sin tomar en cuenta la situación patrimonial del delincuente. La confiscación se presenta cuando el Estado se adueña de la totalidad o de una parte considerable de los bienes de una persona. Históricamente, fue común que además de la pena corporal, los Estados absolutos o autoritarios privaran al particular de la totalidad o de una parte sustancial de su patrimonio. Esto está prohibido hoy en día. En general, ha de entenderse que la prohibición del artículo 22 comprende toda

privación patrimonial realizada de forma arbitraria, sobre bienes que no guarden relación directa con una conducta por la cual deba exigirse responsabilidad al gobernado.

El propio artículo 22 detalla esto, al señalar en su párrafo segundo cuáles privaciones patrimoniales no se considerarán confiscación y, por tanto, estarán permitidas en el derecho mexicano. En primer lugar, se encuentran los cobros coactivos de multas o impuestos, mediante la aplicación o adjudicación de bienes a favor del Estado decretada por una autoridad competente. Asimismo, el cobro coactivo de la responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito, lo que forma parte de la reparación del daño, también mediante la aplicación o adjudicación de bienes decretada por una autoridad judicial.

La reforma al artículo en 1982 estableció que tampoco se considerará confiscación la figura del decomiso de bienes, ordenado por la autoridad judicial en caso de enriquecimiento ilícito. Otras tres reformas, en los años de 1996, 1999 y 2008, adicionaron otros dos supuestos de privaciones patrimoniales que tampoco se considerarán confiscación: la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono, y la adjudicación de bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia. Ambas figuras se inscriben en la tendencia de política criminal contemporánea que busca combatir a la criminalidad organizada mediante acciones de contenido económico, dirigidas contra las propiedades y ganancias de los delincuentes. En ambos casos, la constitucionalización de estas figuras ha resultado controversial. Igualmente su inclusión en este artículo, pues en sentido estricto no se trata de penas; la extinción de dominio es un procedimiento que se sigue ante un órgano jurisdiccional civil de forma autónoma al proceso penal.

La reforma publicada en el DOF el 18-06-2008 añadió en la parte final del párrafo primero de este artículo la mención de que toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y

al bien jurídico afectado. Se trata del principio de proporcionalidad de la pena, de raigambre histórica en el derecho punitivo. Con su inclusión en la Constitución, serecoge un criterio fundamental relativo a uno de los problemas centrales de todo derecho penal, que es la determinación de la pena correspondiente a cada delito.

Ha de entenderse que la proporcionalidad es un mandato dirigido en principio al legislador, que al prever las penas en los códigos tendría que seguir criterios mínimos de racionalidad, en cuanto a la asignación de las sanciones mayores a los delitos de mayor gravedad, y así sucesivamente. Se trata de una exigencia que no se cumple en nuestro sistema jurídico, en el cual el delito con mayor castigo no es el homicidio calificado, sino el secuestro, que tiene además su propia ley que prevé penas auténticamente vitalicias, en extremos absurdos, sin atención a ningún criterio de racionalidad.

III. OTRAS DISPOSICIONES PENALES EN LA CONSTITUCIÓN

Es un lugar común señalar que la Constitución de 1917 ha sido reformada en excesivas ocasiones, siendo además la mayor parte de esas reformas defectuosas técnicamente o redundantes. Muchas de las disposiciones añadidas, particularmente en lo que va del siglo XXI, no tienen la relevancia como para considerarse parte de la ley fundamental; se trata en muchos casos de cuestiones orgánicas que bien podrían aparecer en legislaciones reglamentarias del texto constitucional.⁹

⁹ El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en su proyecto de reordenación de la Constitución vigente, ha señalado que “las continuas reformas y adiciones que ha sufrido han dado por resultado un texto cada vez más extenso, desordenado, asistemático y descuidado desde el punto de vista técnico”. En su propuesta, se establece que un 17.5% de su contenido es un engrose innecesario, se trata de normas que podrían incluirse en una Ley de Desarrollo

Para el tema que ocupa en este artículo, mucho puede debatirse acerca de qué tanto derecho penal y procesal cabe incluir en la constitución, más allá de las previsiones correspondientes a los catálogos de derechos fundamentales y sus garantías, así como la mención –no desarrollo– de principios fundantes del sistema penal.

A continuación se comentan algunas otras normas con contenido punitivo, que la Ley fundamental prevé, además del capítulo procesal penal que se contiene en los artículos mencionados con antelación. Cabe adelantar que la mayoría de las normas que se comentan aquí son agregados producto de reformas; esto es, no son “originales”, el Constituyente de 1917 no las contempló (teniendo quizás las cosas más claras respecto a lo que debe aparecer en una Constitución).

A) DELITOS DE ORIGEN CONSTITUCIONAL.

Bajo esta denominación, se intenta hacer referencia a las normas constitucionales que crean de forma expresa el núcleo de una figura delictiva. Evidentemente, no se trata de tipos penales aplicables de manera directa por un juez; más bien, en estos casos la norma constitucional establece un mandato dirigido a los legisladores, quienes han de prever la tipificación y sanción penal de la figura con los elementos básicos que señala el texto constitucional.

Es el caso, por ejemplo, de las diversas conductas violatorias de garantías que ordena sancionar penalmente en el artículo 16. En concreto, la contravención al deber de inmediata pues-

Constitucional. *Vid.* Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Texto reordenado y consolidado, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, <http://www2.juridicas.unam.mx/constitucion-reordenada-consolidada/>

ta a disposición del aprehendido ante el juez (cuarto párrafo); la prolongación ilícita del plazo de retención de 48 horas ante el Ministerio Público (décimo párrafo); la violación de las comunicaciones privadas (párrafo doceavo); y la violación de correspondencia (párrafo decimoséptimo). En la misma tesitura, se ubican las conductas ilícitas de prolongación del plazo de detención ante autoridad judicial (artículo 19 cuarto párrafo); y las conductas de incomunicación, intimidación y tortura (artículo 20, B, fracción II).

Se trata, como ya se dijo, de normas constitucionales excepcionales que establecen de antemano la respuesta que el sistema jurídico debe dar para sancionar determinados atentados de gravedad a derechos y garantías procesales. No cabría en esos casos que el legislador definiera esas conductas como faltas administrativas dentro del régimen de responsabilidad funcional, sino que debe fijarlas como delitos. El texto original de 1917 sólo preveía el deber de punir la violación de correspondencia, en el artículo 25, disposición que después se pasó al artículo 16. Respecto a los demás mandatos de tipificación, son resultado principalmente de la reforma penal constitucional publicada el 03-09-1993.

Existen otros casos en los que la Constitución define tipos delictivos, señalando sus elementos mínimos. Se trata por ejemplo, de la fórmula de la delincuencia organizada, prevista en el párrafo noveno del artículo 16, adicionada en 2008. Igualmente, puede mencionarse la fórmula del enriquecimiento ilícito, prevista en el artículo 109, añadida por la reforma de 28 de diciembre de 1982, según la cual este delito se presenta cuando los servidores públicos, “durante el tiempo de su encargo, o por motivos del mismo, por sí o por interpósita persona, aumenten su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia lícita no pudiesen justificar”.

B) FACULTADES LEGISLATIVAS PENALES DEL CONGRESO.

En este estudio de las reformas constitucionales, una mención particular merece la fracción XXI del artículo 73. En principio, cabe señalar que este artículo sobre las facultades del Congreso se lleva el premio del mayor número de reformas, con nada menos que 77 modificaciones publicadas entre los años 1921 y 2016. La fracción que interesa al ámbito penal sólo ha sido reformada en una decena de ocasiones.

El texto original de 1917 preveía en esta fracción XXI la facultad del Congreso: “Para definir los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse”. De este modo, en el orden de distribución de competencias del federalismo mexicano, al Congreso de la Unión le correspondía como resultabalógico la tarea de ser el legislador penal federal, estableciendo los delitos y las penas de ese fuero. Este esquema se ha trastocado por completo en la última década, en la cual se han asignado una gran cantidad de labores legislativas sobre temas penales al Congreso.

La primera adición a las facultades legislativas de esta fracción XXI fue en el ámbito de la delincuencia organizada; en 2008 se asignó al Congreso la labor de legislar sobre este ámbito, se entiende que tanto en lo sustantivo como en lo relativo a las reglas procesales particulares del régimen excepcional de delincuencia organizada.

El 04-05-2009 se presentó una modificación de mayor relevancia, al introducirse en el ámbito penal la figura del legislador “general”, con facultades para establecer legislación punitiva aplicable en toda la República, en los fueros local y federal. Esta tarea de legislador “general” se asignó al Congreso, únicamente para el renglón de expedir una ley general en materia de secuestro, con los tipos penales y sus sanciones.

A partir de ahí, el modelo se ha ido expandiendo. Siguiendo este esquema de las legislaciones generales, el 14-07-2011 se adicionó el deber de expedir la ley general en materia del delito de trata de personas. Posteriormente, el 08-10-2013, se adicionaron los deberes de emitir legislaciones únicas en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos desolución de controversias y de ejecución de penas. El 02-07-2015 se adicionó la legislación relativa a la justicia penal paraadolescentes.

En la misma tesitura, el 10-02-2014 se adicionó al conjunto de deberes del legislador general el dar la ley con los delitos electorales. Posteriormente, el 10-07-2015 se adicionaron a este párrafo las leyes para los delitos de desaparición forzada de personas, otras formas de privación de la libertad contrarias a la ley (se entiende distintas del secuestro y la desaparición forzada), la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

De este modo, se tiene hoy una fracción XXI muy amplia, dividida en varios incisos incluso, que lleva al extremo el proceso de descodificación penal, al ordenar la elaboración de leyes penales para un solo delito. Por un lado, se entiende que estas leyes generales emitidas por el Congreso de la Unión actuando como legislador general, cumplen un propósito de homogeneizar o uniformizar ciertos tipos delictivos como el secuestro o la trata de personas, que se consideran de gran impacto social. Esta vía de las leyes generales es la forma por la cual se busca lograr cierta uniformización del derecho penal sustantivo, la cual ha fracasado en su conjunto, porque no ha habido consenso político suficiente en el país que permita superar el federalismo legislativo penal que se vive.

Sin embargo, desde mi opinión, se trata de un esquema que es por principio equivocado, y resulta irracional, pues aunque pretende ordenar, lo que provoca es un desorden, al ratificar la tendencia hacia la fragmentación del derecho sustantivo en leyes penales particulares, que inclusive, llegan a prever sus propias

reglas procesales, lo que conduce al absurdo de crear microsistemas penales para delitos en concreto.

A futuro, lo más lúcido resultará que esta fracción se concrete en el mandato de establecer el Código Penal Único, para toda la República. Entre los penalistas mexicanos, este es un reclamo compartido, que es visto favorablemente. Lo que se requiere, además de esta unificación, es un auténtico proceso de “neocodificación”. Es incuestionable que los Códigos vigentes, tanto el federal como los locales, o están rezagados frente a las circunstancias de la sociedad mexicana contemporánea, o están llenos de defectos técnicos.

Generalizar el debate entorno a la elaboración de un nuevo código, permitiría salir de la inercia de la inflación penal, y empezar a discutir los problemas de fondo: definir en cada caso si la conducta que se tipifica en la ley penal, realmente justifica el ejercicio del *ius puniendi* para el caso concreto. Evaluar la conveniencia de seguir tendencias contemporáneas de política criminal que consideren oportuno despenalizar los delitos menores, dentro de los cuales habría que incluir muchos de los contenidos en las leyes especiales, y mantener la protección penal para las más graves infracciones, sin caer en los excesos del terror penal. Como diversos expertos han señalado en los últimos tiempos, la política criminal nacional “debe abrir la discusión sobre la racionalidad de las sanciones que imponen las leyes penales en la actualidad; debe aspirar a limpiar la legislación penal de conductas cuya gravedad hace cuestionable el empleo de la última *ratio* (razón última) de la acción estatal”.¹⁰

¹⁰ Elementos para la Construcción de una Política de Estado para la Seguridad y la Justicia en Democracia, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, agosto de 2011, p. 18.

IV. COMENTARIOS FINALES

En los prolegómenos del Centenario de la Carta Magna de 1917, la discusión respecto a si es necesaria otra Constitución ha cobrado relevancia. El tema es que en realidad, como muchos constitucionalistas han expresado con toda claridad, ya se tiene en los hechos “otra” constitución. Se mantienen principios fundamentales sin duda, muchos de los cuales están presentes desde la Constitución de 1857; sin embargo, la cantidad de reformas que se le han hecho al texto de 1917, particularmente en las últimas décadas, conduce a afirmar que la constitución vigente ya es “otra”. Los arrebatos reformistas de una legislatura tras otra, que parecen medir su eficiencia por el número de cambios a las leyes y promocionan las reformas constitucionales como “logros”, han convertido la constitución de 1917 en un texto lleno de “parches” y “remiendos”.

Justificándose en las siempre presentes exigencias de adecuar el texto constitucional a la realidad del momento histórico, se han practicado un sinnúmero de cambios ociosos, motivados por la imprudencia y el protagonismo. De manera veleidosa se ha manoseado el articulado de la Constitución en renglones irrelevantes y caprichosos, introduciendo muchos aspectos cuya regulación debiera mantenerse dentro de leyes reglamentarias o secundarias.

Los principios penales y procesales previstos en la Constitución no han escapado a este furor reformista. Sin duda, muchos cambios han sido loables, suponen progresos hacia un sistema penal más acorde a los tiempos actuales, en que los derechos humanos son los pilares de las instituciones. Sin embargo, también son abundantes las modificaciones estériles, redundantes, que llevan a la constitución cuestiones de menor nivel, aspectos secundarios que se colocan en la Constitución como si esto tu-

viera un “efecto mágico”, como si la constitucionalización de una norma asegurara su cumplimiento, lo que a todas luces no sucede.

Las Constituciones deben ser documentos concretos, precisos, fungir realmente como leyes fundamentales, en el sentido de establecer los fundamentos de un régimen político jurídico, pero no su desarrollo, mucho menos cuestiones ya de índole particular. Los Constituyentes de 1917 tuvieron clara esta concreción, así como también de forma relevante el mandato de claridad, pues como apuntara el diputado Enrique Recio, en las constituciones no se legisla para el grupo de abogados ni se legisla especialmente para las personas de alta cultura; se legisla para todos, para el pueblo, de aquí la necesidad de que todos sus preceptos tuvieran la claridad precisa en sus términos.¹¹

De este modo, la Constitución debe sentar los fundamentos, pero nunca convertirse en una legislación orgánica de carácter administrativo, tampoco convertirse en un código de derecho procesal. En esta materia del proceso penal, se han puesto grandes esperanzas en el nuevo modelo de los juicios orales, se ha publicitado hasta la saciedad que es un logro que los principios del sistema acusatorio estén en la Constitución. Sin ser pesimistas, la realidad amarga es que el tema como siempre no será de leyes, sino de hombres.

De vuelta al inicio de este artículo, a las problemáticas identificadas por el discurso de Carranza, es claro que el fracaso no fue de la Constitución, el texto perfiló de manera adecuada las garantías penales; el tema fue que estas nunca se llevaron a la práctica cabalmente, que prevaleció el abuso de autoridad, la corrupción, el mal desempeño de los servidores públicos. Ahora, la reforma de 2008 ha fijado nuevos principios para el sistema penal, modernos si se quiere, pero la cuestión es que no se ha

¹¹ Vid. *Diario de los Debates del Congreso Constituyente*, Querétaro, Tomo I, núm. 34, 23 de diciembre de 1916, p. 625.

preparado de manera suficiente y adecuada a la policía, menos a los ministerios públicos, quienes debiendo ser los protagonistas de la transición, están resultando mediocres actores, sin capacidad. Con esto, ha de temerse el fracaso del sistema de los juicios orales, lo cual se reflejará en una mayor impunidad.

Un análisis somero de la realidad jurídico-política del país, revela que la práctica constante es desatender los mandamientos constitucionales. Diversos gobernantes y funcionarios, sistemáticamente incumplen los mandatos y principios que en la Ley suprema se consagran. De este modo, el conflicto tiene que ver con la poca vigencia del orden constitucional en su conjunto. La Constitución dice mucho y hace poco. Ha sido más una declaración de principios, casi una lista de buenos propósitos y deseos, que un documento jurídico con plena eficacia.

Hay quienes consideran que la Constitución mexicana de 1917 ya no es adecuada para los tiempos que corren. Es evidente que la Constitución Política de un Estado no puede convertirse en un monolito irrefutable, no puede ser eterna; debe evolucionar de la mano con la sociedad, efectuándose en su contenido las modificaciones necesarias según los avances sociales reclamen. No obstante, esto debe ser siempre razonable.

La urgencia por realizar reformas a la Carta Magna, tiene como trasfondo el planteamiento de promulgar una nueva Constitución. En cada modificación, está latente el señalamiento de que el texto actual es obsoleto, que en poco se adopta a las condiciones presentes del país, que impide el desarrollo y muchos argumentos similares, que en la mayoría de los casos, se podrían tachar de inoperantes, o peor aún, de maliciosos e inicuos. Esto, porque es evidente que en nuestro México, cada grupo que llega al poder, tiene el sueño de crearse una Constitución a la medida, con la cual manipular a la Nación de acuerdo a sus intereses.

El tema de una nueva Constitución, definitivamente no es de

ahora; desde hace varios años, numerosos personajes han propuesto un cambio de la Constitución Política Mexicana; la situación ha sido motivo de crítica por parte de un sector, primordialmente de juristas y académicos. Cambiar una Constitución no es tan fácil, implica también modificar todas las leyes que se sustentan en la propia Carta Magna: las leyes reglamentarias, en general, un sinnúmero de disposiciones tendrían que adecuarse a una nueva Constitución, sería un trabajo verdaderamente arduo de realizar, que quizás, lejos de constituir un avance entorpecería más el camino hacia la consolidación de nuestra incipiente democracia.

Al margen de esto, existen numerosas voces serias, en el ámbito académico, que se inclinan por la postura que reclama una nueva Carta Magna, sustentando su criterio en argumentos ajenos al protagonismo.

Por nuestra parte, creemos que al margen de que se emita o no una nueva Constitución, lo que México reclama es la plena eficacia del orden constitucional. Para esto, es indispensable realizar una reforma política de fondo, que pugne, en primer lugar, por suprimir de la Carta Magna toda la paja y los absurdos que en los últimos años de manera irresponsable se le han impuesto.

El análisis respecto a la constitución actual no ha de inclinarse como tema prioritario, por juzgar si es necesario o no promulgar una nueva; más importante, es evaluar si realmente sus postulados elementales tienen plena vigencia en la práctica. El objetivo prioritario no es elaborar un texto supuestamente moderno y lleno de virtudes; sino lograr que el vigente realmente tenga eficacia jurídica y repercuta en la vida de la sociedad mexicana. Si la constitución no se cumple, no es por culpa de esta. Es debido a que gobernantes y gobernados se alejan de sus planteamientos. Se ha convertido a la Constitución en un mamotreto. El texto vigente está lleno de parches, y el primer paso debe ser ponerlo en orden. Esto puede hacerse limpiando el tex-

to vigente, o bien con un nuevo proyecto. Sin embargo, insisto, esto no debería ser el punto esencial de la discusión, porque no se trata de enfrentar a quienes veneran la tradición con quienes anhelan sentirse modernos y actualizados; el problema a resolver es determinar porqué la constitución no ha sido cumplida en plenitud, y exigir ese cumplimiento.

La solución a los graves problemas nacionales, no se encuentra en la promulgación de una nueva Carta Magna. La creación de una flamante Constitución Política, no permitiría instantáneamente terminar con la pobreza en México, evitar a los malos gobiernos que hemos padecido, o en el ámbito penal, hacer de la justicia una realidad. Por supuesto, se necesita una Constitución actualizada, en la que se contemple un proyecto de nación serio.

Si se sostiene con responsabilidad la necesidad de una nueva Constitución, hay que considerar que su promulgación implicaría un arduo trabajo para el país. Por otro lado, si se recomienda conservar la constitución actual, es evidente que esta debe adaptarse, eliminando, en primer lugar, los absurdos que en ella se contienen. Creemos que la Constitución de 1917 tiene mucho que ofrecer, sus principios fundamentales siguen vigentes y merecen obediencia de quienes se han dedicado a menospreciarla.

Se insiste, la Constitución es un documento jurídico cuyo cumplimiento debe ser plenamente exigible; formalmente, se trata de una norma jurídica, de carácter supremo, que exige ser cumplida por todos los destinatarios, tanto gobernantes como gobernados, cosa que no sucede actualmente, y como se ve cotidianamente, resulta ser el principal impedimento para una verdadera evolución democrática de la sociedad y el Estado mexicanos.

V. BIBLIOGRAFÍA

OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge, *Derecho constitucional penal*, México, Porrúa, 2005, tomo I.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Comentario al artículo 20”, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, México, H. Cámara de Diputados, LV Legislatura, Miguel Ángel Porrúa, 1994, tomo III.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo y FONSECA LUJÁN, Roberto, *Tipos Penales en Leyes Federales y Generales*, México, Porrúa, 2013.

DÍAZ-ARANDA, Enrique, *Cuerpo del delito, probable responsabilidad y la reforma constitucional de 2008*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Juicios orales en materia penal*, México, IURE Editores, 2013.

Elementos para la Construcción de una Política de Estado para la Seguridad y la Justicia en Democracia, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, agosto de 2011

CIBERGRAFÍA

Diario de los Debates del Congreso Constituyente, Querétaro, Tomo I, núm. 12, 1 de diciembre de 1916.

Diario de los Debates del Congreso Constituyente, Querétaro, Tomo II, núm. 44, 5 de enero de 1917.