

## REGRESIONES PENALES: *RÉQUIEM* AL DERECHO PENAL HUMANISTA

Leandro Eduardo ASTRAIN BAÑUELOS\*

García Ramírez, Sergio y Silva Meza, Juan N., *Sistema penal: errores y desvíos*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020, Serie Estudios Jurídicos, núm. 32, 108 pp.

La obra se encuentra conformada por dos ensayos en los que se da cuenta del curso que ha tomado la política criminal en México a partir de una serie de reformas constitucionales y legales iniciadas en 1993. Este proceso reformador ha sido intenso y producto de una estrategia de lucha contra la delincuencia que considera que la pena pública es la única respuesta efectiva ante la crisis de seguridad. Por el contrario, dicha crisis se ha profundizado con la propia respuesta estatal.

El primer ensayo, titulado *La regresión penal*, es autoría de Sergio García Ramírez, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y quien también es un distinguido miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, de la cual fue su presidente. En este 2020, dicha asociación científica cumple 80 años de extraordinario trabajo, que ha sido fundamental no solo para el desarrollo de las propias disciplinas penales, sino también para la construcción y consolidación de instituciones relacionadas con el sistema penal mexicano. Aunado a lo anterior, el profesor García Ramírez también ha desempeñado importantes encomiendas públicas, entre las que destaca el haber sido juez, vicepresidente y presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sus importantes contribuciones a la ciencia jurídica lo han hecho acreedor de diversos reconocimientos entre los que destaca la distinción *Doctor honoris causa* que le fue otorgada a finales del año pasado por la Universidad de Guanajuato.

Esta fecunda labor, desarrollada tanto en la academia como en el servicio público, le permite tener una visión integral de los temas sobre los que teoriza. Por ello, en *La regresión penal*, García Ramírez nos expone una profunda reflexión crítica sobre las tendencias que pretenden optimizar al sistema punitivo a través de su endurecimiento, y que resultan poco compatibles con la democracia y las libertades propias de un régimen de esta naturaleza.

Esta preocupación ha sido un tema recurrente en los más recientes trabajos publicados por el también profesor emérito de la Universidad Nacional Autónoma de México, pues habrá que

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad de Guanajuato. Investigador del Sistema Nacional de Investigadores nivel I del CONACYT. Reconocimiento Perfil Deseable PRODEP de la SEP. Miembro fundador de la Sociedad Internacional Germano Latinoamericana de Ciencias Penales (SIGLA-CP). Director del Departamento de Derecho de la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato.

recordar que él es uno de los más contundentes defensores del derecho penal humanista. Por ello, no es de extrañar que toda su obra se encuentre enmarcada dentro del garantismo penal. Frente a esta corriente se ha desarrollado otra de tipo eficientista que apuesta por la flexibilización de los principios garantistas —que implican restricciones a los derechos humanos de naturaleza penal— a cambio de lograr una supuesta efectividad en la lucha contra la criminalidad. Así, el aparato represivo se convierte en la *prima ratio* de la política criminal.

Siempre que se recurre o se pretende recurrir al derecho penal para resolver una problemática social, se activa una llamada de alerta al principio de intervención mínima o *ultima ratio*. Y es que el sistema penal siempre debe ser considerado la última opción, pues representa el uso del recurso más drástico con el que cuenta el Estado al traducirse en ejercicio de violencia institucional que, si se desborda, puede propiciar abuso de autoridad en detrimento de los derechos fundamentales de los gobernados. Las tentaciones autoritarias siempre se encuentran latentes aún en las democracias más consolidadas, por lo que jamás se debe bajar la guardia.

Desde la obtención de su independencia, México ha pretendido instaurar un procedimiento penal democrático, heredero de las ideas desarrolladas por el pensamiento liberal dieciochesco. Por ello, no es de extrañar que en todas sus constituciones se han contemplado una serie de derechos humanos destinados a los sujetos sometidos al sistema penal. Incluso, la de 1824, que “no contuvo un catálogo general de derechos humanos, pero detalló los que corresponden al individuo en el espacio de la administración de la justicia penal” (p. 6).

Sin embargo, García Ramírez lamenta que ese sistema penal liberal y democrático “ha tropezado en estos años con cuestionamientos de gran magnitud y obstáculos formidables” (p.7). Entre ellos, destaca la configuración del llamado *derecho penal del enemigo*, tema sobre el que me he pronunciado críticamente en diversos trabajos publicados tanto en México como en el extranjero.

Como acertadamente lo señala, la regresión penal —expresión que se refiere a una vuelta al derecho penal premoderno, caracterizado por su irracionalidad, violencia y desproporcionalidad— inició en México en el año de 1993, cuando una reforma elevó a rango constitucional el término delincuencia organizada para comenzar la conformación de un régimen penal de excepción para el combate más enérgico a ese tipo de criminalidad. Esa reforma fue el fundamento para que en el año de 1996 se publicara en el Diario Oficial de la Federación la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que, como refiere nuestro autor, “merece la relectura de los especialistas —y de la sociedad en general, claro está— porque puso las bases para regresión penal” (p. 11). Lo más grave de ese “bebé de Rosemary” —como él mismo calificó a esa legislación penal especial— no fue el adelantamiento de las barreras punitivas al tipificar como delito autónomo la mera organización criminal, ya grave de por sí, sino la bifurcación del sistema penal mexicano: el ordinario, para la delincuencia común y el especial para los integrantes de la delincuencia organizada. Apunta García Ramírez: “se abrió, así, la caja de Pandora: hoy tenemos tres sistemas, los dos que ya mencioné y el tercero, que no confiesa su verdadera identidad (...) concerniente a la privación o extinción de dominio” (p. 12).

La adopción constitucional del sistema acusatorio en la reforma penal de 2008 llegó acompañada de una serie de disposiciones que fortalecieron el régimen penal para la delincuencia organizada, caracterizado por la disminución de los derechos sustantivos, adjetivos y ejecutivos de los destinatarios de ese sistema. Por ello, Sergio García Ramírez se refirió en su momento a la propuesta de esa reforma con otra metáfora: “semejaba un vaso de agua fresca, potable, transparente, que se entregaba a una sociedad sedienta de seguridad y justicia, agua a la que, sin embargo, una mano oscura había agregado algunas gotas de veneno” (p.13). Por su parte, Luis

Felipe Guerrero Agripino, rector magnífico de la Universidad de Guanajuato, en diversos foros académicos ha calificado a dicha reforma constitucional como bipolar, al implementar, por un lado, un procedimiento penal democrático, garantista, pero por otra parte, fortaleció un sistema penal especial poco compatible con los derechos humanos.

Pero además de esa circunstancia, sobre la que ha habido un rechazo generalizado por parte de la corriente garantista, con el *ojo clínico* que lo caracteriza, don Sergio también nos alerta sobre una cuestión que ha pasado prácticamente desapercibida por los más reacios defensores del sistema acusatorio: la verdad pactada, que es el fundamento del procedimiento abreviado, y que ha sido severamente cuestionada por los estudiosos de ese modelo procesal; como es el caso del profesor Douglas Husak, quien la ha calificado como una institución inmoral, que provoca verdaderas injusticias. El tema requiere de un tratamiento pormenorizado, pues puede convertir al procedimiento penal mexicano en una herramienta que fomente la sobrecriminalización, ya de por sí recurrente en nuestro medio.

Los errores y desvíos del sistema penal mexicano los evidencia García Ramírez en dos figuras constitucionalizadas en la reforma penal de 2008: la prisión preventiva oficiosa y la extinción de dominio. No obstante que la presunción de inocencia es una de las de las columnas en que se sustenta el sistema acusatorio —y por ende la prisión preventiva es la *ultima ratio* en las medidas cautelares—, el constituyente permanente creó una prisión preventiva procedente de forma oficiosa en procesos penales en los que se le impute al sujeto la realización de determinados delitos considerados de especial gravedad. Esta figura es rechazada enfáticamente por el autor, en atención a que consagraría los procesos en cautiverio y no en libertad y porque el legislador usurpa con *pre-juicios* la función que naturalmente corresponde al juez (p. 27). Más aún, el contenido de los tipos penales de prisión preventiva oficiosa depende de la regulación que cada ordenamiento penal haga de ellos, lo que podría generar un uso desbordado de esta figura por parte de legisladores secundarios, quienes podrían tipificar determinados comportamientos con la denominación utilizada por la Constitución con la finalidad de que cuando se atribuyan dichos comportamientos también sea procedente dicha medida cautelar.

Por otra parte, la extinción de dominio busca privar a los delincuentes de los cuantiosos bienes que pueden obtener derivado de sus actividades ilícitas. El fin es legítimo, pero los medios de que se vale dicha figura no lo son. En efecto, el constituyente permanente adoptó la extinción de dominio como un procedimiento autónomo de la materia penal, con lo cual pretendió sustraerlo del conjunto de principios limitadores de la potestad punitiva del Estado. Sin embargo, García Ramírez reconoce acertadamente que esa medida no penal, en realidad, es penal, pues la Ley Nacional de Extinción de Dominio “constituye un verdadero código de procedimientos (penales, aunque se sostenga otra cosa), por lo que el orden jurídico-penal mexicano ya cuenta con tres sistemas, como dije *supra*: ordinario para la generalidad de los delitos; especial para la delincuencia organizada y supuestos asimilados, y paralelo o *ad hoc* para la extinción de dominio” (p. 50).

Pero los retrocesos también se han presentado en ordenamientos penales estatales, como es el caso de la legislación punitiva de Tabasco (pp. 53-57) y la de la Ciudad de México (pp. 58-65), que a través de diversas reformas, han ampliado los tipos penales y han aumentado la pena privativa de libertad a niveles exorbitantes, fortaleciendo la regulación de determinadas figuras de cuestionable legitimidad como la reincidencia o la habitualidad.

Existe un tema poco explorado en la doctrina mexicana pero que empieza a tomar protagonismo en México a partir de la situación de inseguridad y extrema violencia que se vive cotidianamente. Ese tema es la justicia transicional, mecanismo de pacificación utilizado por algunos

países para restaurar la democracia (tratándose de Estados con regímenes dictatoriales) o para concluir conflictos armados (generalmente guerras civiles). Y aunque en este país no estamos viviendo una situación de esa naturaleza, la declaratoria de guerra contra el narcotráfico y la militarización de la seguridad pública han generado un importante aumento en los niveles de violencia social, al grado tal que en México existen más muertes que en países que viven conflictos armados.

La amnistía es un recurso del que suele echar mano la justicia transicional, para “favorecer el tránsito hacia la democracia, la recuperación de la libertad y la reconciliación entre ciudadanos llamados a abrir una nueva era en la vida de sus comunidades” (p. 71). Frente a ese fin lícito, existe otro tipo de amnistía, rechazada por tribunales internacionales, que pretende generar impunidad a los autores de violaciones graves a los derechos humanos.

En México se ha pretendido hacer uso de la primera, aunque sin una clara estrategia político criminal, lo que podría generar, en el mejor de los casos, nulos resultados, pero en el peor, impunidad en perjuicio de las víctimas. Por ello, nuestro autor señala que “el proceso de olvido y perdón, la amnistía de pretensión reparadora —no solo pacificadora—, está en marcha [...] Pero habrá que poner especial cuidado en que los perdones y los olvidos no se hagan a costa de los derechos de las víctimas. Si esto ocurriera, en vez de reparar injusticias habríamos consumado, al amparo de la ley, una nueva injusticia” (p.80).

El autor concluye sus reflexiones con algunos comentarios a la reforma penal fiscal de 2019 y por virtud de la cual se asocia la delincuencia organizada a algunas modalidades de la defraudación fiscal, con el propósito de aplicar a los evasores de impuestos el régimen penal de excepción, que, como lo advirtiera Günther Jakobs, empieza a contaminar al derecho penal del ciudadano en perjuicio del Estado de libertades.

El segundo ensayo del libro, titulado *El sistema penal acusatorio, los jueces y el Estado de Derecho (algunas reflexiones)*, es escrito por Juan N. Silva Meza, investigador honorario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, quien se desempeñó como ministro y presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. De formación penalista y garantista por convicción, bajo su presidencia, el máximo órgano jurisdiccional del país se consolidó como un tribunal constitucional autónomo y muchos de sus criterios, desarrollados bajo un régimen político con algunos tintes dictatoriales, fueron superados para estar acorde a los nuevos tiempos que marca el derecho internacional de los derechos humanos.

Su trabajo, de menor extensión que el del profesor García Ramírez, es un verdadero alegato a favor de la función jurisdiccional como defensora del régimen democrático y del Estado de derecho. Silva Meza reconoce que el sistema acusatorio adversarial ha sido implementado con aciertos pero también con errores, por lo que ahora procede la evaluación de este para corregir el camino, pues, mientras esto no suceda, los riesgos del retroceso son latentes. Para ello, es necesario “la ampliación en la generación de información eficaz e idónea sobre el sistema penal acusatorio, a través de diseño e implementación de indicadores cuantitativos y cualitativos, con una base metodológica acorde y propia de la justicia adversarial” (p. 97).

Habrà que recordar que la adopción de ese sistema procesal en México no ha sido del todo afortunada, debido a diversos factores entre los que destaca el profundo desconocimiento de su esencia y funcionamiento al ser un modelo totalmente ajeno a nuestra realidad jurídica y social y a nuestra idiosincrasia. Aunado a lo anterior, el nuevo sistema penal pronto se convirtió en un botín que aprovecharon algunas personas para lucrar con él y obtener cuantiosas ganancias obtenidas de los recursos públicos destinados para su implementación; entre los que se encontraban aquellos contemplados para la capacitación. Así, de la noche a la mañana, surgieron en

México una gran cantidad de supuestos especialistas en ese sistema, que lo habían aprendido en algunos de los cursos o diplomados que se empezaron a ofrecer a principios de 2008 y que se caracterizaban por ser simplemente introductorios. O peor aún, lo aprendieron en los libros que ellos mismos escribieron de manera superficial y, en muchos casos, profundamente ideologizada. Y es que también, de manera intempestiva, la literatura sobre el nuevo sistema pronto se vio considerablemente aumentada. Lamentablemente muchas de esas obras solo repetían el contenido de los ordenamientos legales sin ningún tipo de sistematización o análisis de las instituciones que fundamentaban al modelo procesal. Hasta hoy fecha, la elaboración de una dogmática procesal penal propia del sistema acusatorio sigue siendo una tarea pendiente. Es evidente que en México y en esta materia hay más capacitadores que capacitados.

Otro de errores en la implementación ha sido su indebida socialización, lo que ha provocado que importantes sectores de la sociedad no comprendan su funcionamiento, su esencia y sus bondades y que lo vean como como un instrumento que fomenta la impunidad y la corrupción, situación que ha sido aprovechada por legisladores y autoridades ejecutivas para atribuir a la judicatura esos supuestos vicios. Como acertadamente lo refiere el ministro en retiro, “desde la perspectiva de la academia se ha venido observando, como un verdadero aspecto crítico y alarmante, la constante descalificación generalizada, intrusiva e intimidante en el trabajo de los jueces por parte de los otros poderes de la unión e incluso del propio Poder Judicial, que emiten juicios sumarios contra los juzgadores, que descalifican y califican probanzas, que alientan el linchamiento social” (p. 100).

Así las cosas, frente a los abusos que se presentan por parte del ejecutivo y del legislador, el poder judicial debe recuperar su independencia y protagonismo como garante de la Constitución y hacer valer el Estado de derecho. Esta es la llamada del autor del texto ante los ataques que constantemente sufre la judicatura por parte de los otros poderes y de una sociedad deseosa de justicia y seguridad a costa de lo que sea. En este sentido, Silva Meza es enfático al señalar que “el llamado del juez constitucional, como el llamado del resto de los juzgadores que integran la judicatura, es a salvaguardar derechos fundamentales de las personas y garantizar, por vía de la revisión judicial, la conservación del orden constitucional, no el convalidar políticas públicas en detrimento de algún derecho o *principio constitucional*” (p. 104).

Y concluye su trabajo con una afirmación contundente: “nada justifica incumplir la Constitución y el respeto a los derechos humanos para que el nuevo sistema penal funcione” (p. 108).

Por el momento, queda en manos de los jueces terminar esta tendencia regresiva del Derecho penal, en tanto existan las condiciones políticas para retornar al camino andado y continuar el rumbo que marca el “viejo y bueno” derecho penal liberal.