

LA REFORMA PROCESAL PENAL DE 1990-1991

SUMARIO: I. *Reforma vinculada con delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual.* 1. *Persecución por querrela.* 2. *Nuevos preceptos sobre "delitos sexuales".* II. *Reforma vinculada con la tutela de los derechos humanos del imputado.* 1. *Comunicación de derechos.* 2. *Detención.* 3. *Libertad provisional.* 4. *Asistencia jurídica y moral al inculgado.* 5. *Confesión.* 6. *Relación entre el Ministerio Público y otras autoridades.* 7. *Tratamiento especial para indígenas.*

En el periodo 1990-1991 (hasta julio de 1991, fecha de elaboración de la presente noticia legislativa) hubo apreciables reformas en materia penal sustantiva y adjetiva. De las procesales me ocuparé enseguida.

I. REFORMA VINCULADA CON DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y EL NORMAL DESARROLLO PSICOSEXUAL

En primer término, por Decreto del 21 de diciembre de 1990, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 21 de enero de 1991, fue reformado el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (en lo sucesivo CPPDF), de manera consecuente con las modificaciones y adiciones al Código Penal, a propósito de los delitos anteriormente llamados "sexuales", que han pasado a identificarse según el bien jurídico que por este medio se pretende tutelar, a saber: "Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual". Esta última calificación rige toda la frase; por ello, se entiende protegida la libertad "psicosexual", no la libertad a secas.

1. *Persecución por querrela*

Al reconsiderarse el régimen a propósito de estos comportamientos ilícitos, se varió la relación de los delitos perseguibles por querrela del legitimado para formularla, que se localiza en el artículo 263 del CPPDF, a título de delitos "perseguibles a petición de la parte ofendida".

Anteriormente, la fracción I de ese precepto 263, incluía raptó y estupro, y la fracción II incorporaba injurias, difamación, calumnia y golpes simples. En la actualidad, y debido a las reformas que estoy exa-

minando, la fracción I hace perseguibles por querrela el hostigamiento sexual (figura delictiva creada en el mismo proceso de reforma legislativa), el estupro y la privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales (asimismo, figura de nueva creación, que vino a relevar al tipo de raptó). A su vez, la fracción II alude sólo a las hipótesis de difamación y calumnia, reducción adecuada en virtud de que por previas reformas al Código Penal se destipificaron las conductas de injurias y golpes simples.

2. Nuevos preceptos sobre "delitos sexuales"

De igual modo, la reforma publicada el 21 de enero de 1991 agregó al Código los artículos 9 *bis*, 109 *bis* y 123 *bis*. El primero y el tercero de estos preceptos se relacionan con el delito de violación (reelaborado en términos discutibles), y el segundo se aplica a cualquier "delito sexual" (expresión que utiliza el mismo precepto, a pesar del cambio terminológico introducido por la reforma examinada).

El artículo 9 *bis* manifiesta que "para identificar al sujeto activo del delito de violación, a petición de la víctima o su representante legal, esta diligencia podrá efectuarse en un lugar donde no puede ser vista o identificada por aquél". Es comprensible el buen propósito de la reforma en este punto, habida cuenta de los problemas que representa para la víctima el trato con el victimario con motivo del procedimiento. Empero, es evidente que la discreción de que se quiere rodear al acto de identificación no podrá prevalecer a todo lo largo del procedimiento; en efecto, el infractor tiene derecho (constitucional) a saber de qué se le acusa y quién lo acusa (derecho que también previene la ley secundaria, para fines de averiguación previa con detenido, no se diga ya para los efectos del proceso). Del mismo modo tiene derecho (también en el nivel de garantía constitucional) a ser careado con quien declara en su contra; es obvio que en este supuesto se halla el sujeto pasivo del delito.

El nuevo artículo 123 *bis* puntualiza que "para comprobar el cuerpo del delito de violación será relevante la imputación que haga el sujeto pasivo y cualesquiera otro elemento probatorio que la robustezca". Es claro que se está formulando, en esta norma, un nuevo medio específico de comprobación del cuerpo del delito, de manera semejante a la que rige para otros ilícitos. No deja de ser opinable, sin embargo, que la imputación del ofendido adquiera tan crecido valor, así se quiera matizarlo con la alusión a "cualquiera otro elemento probatorio (fórmula

que tampoco resulta afortunada) que la robustezca". También en este punto la finalidad es comprensible y recoge experiencias que es preciso atender. Empero, el Ministerio Público y el juzgador deberán actuar con suma cautela en la comprobación del *corpus delicti*, aquí como en todos los casos sujetos a su conocimiento.

Por último, el artículo 109 *bis* indica (insistiendo en una línea ya abordada por las reformas al CFPP que fueron publicadas el 3 de enero de 1989) que "cuando la víctima de delito sexual o su representante legal lo solicite, la exploración y atención médica, psíquica, ginecológica o cualquiera otra que se le practique, estará a cargo de personal facultativo del sexo femenino".

II. REFORMA VINCULADA CON LA TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL IMPUTADO

En esta segunda parte de la presente noticia legislativa me referiré a las importantes reformas al CFPP y al CPPDF introducidas por Decreto del 22 de diciembre de 1990, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de enero de 1991 y vigentes desde el 1 de febrero del propio 1991.

En diversos comentarios acerca de esta reforma he recordado que el proceso es una controversia sobre la que juzgará el Estado, pero en la que este mismo entra en conflicto con un ciudadano, un particular, un gobernado. El imputado se encuentra en la hipótesis de mayor presión sobre sus derechos (sólo superada, en este orden de cosas, por el *estatus* del condenado); efectivamente, aquél libra un combate formal, "oficial", contra el Estado mismo, titular del *jus puniendi* que aquí se expresa, concretamente, como pretensión punitiva encauzada por la acción procesal; contra la sociedad, que siempre resulta agraviada por el delito; y contra el ofendido, sujeto pasivo directo, inmediato, del crimen cometido. En consecuencia, en esta "zona crítica" de los derechos humanos hay proclividad histórica para cometer, explicar y aun justificar (dígalo, por ejemplo, el régimen de la tortura, legitimado expresamente en el procedimiento penal en un amplio periodo de la historia; o bien, la llamada "razón de Estado", que pretende justificar el atropello) el quebranto de los bienes del imputado. Este es "percibido", socialmente, como "enemigo", y de tal suerte es tratado en las normas y en las prácticas del enjuiciamiento penal corriente, pese al buen propósito que consta en la presunción de inocencia.

Por todo ello —reproduzco términos de aquellos comentarios— en el estado de derecho (justo), el proceso implica y exige (está en su naturaleza y en sus objetivos) cierto sistema eficaz de garantías, que le confieran legitimidad y racionalidad y lo alejen de ser una situación de mera violencia volcada sobre un hombre. Más todavía, en tal circunstancia jurídico-política (y ética), el proceso *es* un sistema de garantías que continuamente se afianza y tiende a crecer.

Recordemos, asimismo, que el proceso pretende el hallazgo de la verdad, para ponderar su adecuación a la norma y deducir, en tal virtud, las consecuencias pertinentes. En tal estado de derecho (justo) el establecimiento de la verdad adquiere validez y eficacia a la luz de las garantías estatuidas y puntualmente observadas. En otras palabras, ese hallazgo de la verdad no es un fin que justifique los medios. Por el contrario, la justicia de los medios empleados confiere justificación a la verdad que así se descubre.

Estas ideas se hallan más o menos implícitas en los trazos generales de la reforma que ahora examino.

El proceso conducente a dicha reforma tuvo varias y significativas etapas, a partir de un notable pronunciamiento del presidente de la República que recogió, en doce puntos, los principales objetivos del cambio en la legislación procesal penal. Las cuestiones abordadas por el Ejecutivo en ese documento fueron: relación institucional entre el Ministerio Público y la Policía Judicial; problemas de la declaración, en general, y de la confesión, en particular; detención; prisión preventiva y libertad provisional; sobreseimiento en el proceso penal, de oficio o a petición del Ministerio Público; informes de autoridades a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, y normas sobre asistencia e individualización cuando el inculpado pertenece a un grupo étnico indígena.

En forma coincidente con el programa anunciado por el Ejecutivo, la Comisión Nacional de Derechos Humanos presentó sendos anteproyectos de reformas a la Constitución, a los ordenamientos procesales penales y a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. De este conjunto, a la postre prosperarían las modificaciones a la legislación secundaria, no así los cambios previstos en la Constitución Política. Éstos se dirigían a las fracciones I y II del artículo 20 constitucional: en el primer caso se pretendía ampliar las posibilidades de otorgamiento judicial de la libertad provisional bajo caución; en el segundo se deseaba destacar la más terminante reprobación de la tor-

tura y, a este propósito, se planteaban ciertos cambios en esa norma procesal constitucional.

El tercer momento en el proceso de reforma se concentra en la Iniciativa del Ejecutivo federal, de fecha 16 de noviembre de 1990, remitida a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en calidad de Cámara de origen. En la exposición de motivos de esa Iniciativa se informa sobre la recepción de puntos de vista procedentes de diversas fuentes de opinión, entre ellas las Procuradurías General de la República y General de Justicia del Distrito Federal.

Una cuarta etapa del proceso reformador se consume en la consideración de la Iniciativa por parte de la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados, que formuló el dictamen pertinente, y en la discusión y aprobación de éste en el Pleno de la Cámara. El Dictamen lleva fecha del 17 de noviembre de 1990.

La Comisión de Justicia introdujo cambios en buen número de temas, a saber: suscripción de actuaciones, presencia de abogado en declaraciones durante la averiguación previa, derecho del detenido al silencio, nuevas hipótesis de exclusión de la libertad provisional, retiro de la referencia a la libertad provisional en casos de delitos del fuero militar, confesión, reconstrucción de hechos, dictámenes periciales a propósito de indígenas, *vacatio legis* y retroactividad de la reforma.

El Pleno de la Cámara otorgó su voto favorable a la reforma por abrumadora mayoría (376 votos a favor y 9 en contra), en la que participaron las fracciones parlamentarias de los Partidos Revolucionario Institucional, Acción Nacional y de la Revolución Democrática, entre otros. Sólo se pronunció en contra la fracción parlamentaria del Partido Auténtico de la Revolución Mexicana.

En la Cámara de Senadores, el Dictamen de las Comisiones lleva fecha del 19 de diciembre de 1990. Las reformas fueron aprobadas por unanimidad de 50 votos.

En diversa oportunidad en que me he ocupado de esta reforma procesal, he agrupado en los términos que a continuación reproduzco los rubros fundamentales de dicha reforma, así como los problemas específicos examinados bajo cada uno de aquéllos.

A) *Documentación de los actos del procedimiento.* Esta materia, gobernada por la necesidad de asegurar la necesaria correspondencia entre las actuaciones y sus constancias, se proyecta hacia actos de dación de fe y de suscripción de documentos.

B) *Comunicación de y entre los participantes en el procedimiento.* En este punto se trata de garantizar la intervención oportuna, infor-

mada y deliberada de quienes participan en el procedimiento penal. En tal virtud se dirige la reforma a la intervención de traductores e intérpretes, la información al detenido y al procesado acerca de sus derechos, y las notificaciones y citaciones.

C) *Legitimidad y racionalidad en actos que restringen la libertad personal y el disfrute de ciertos bienes.* En este amplio e importante rubro quedan incluidas las modificaciones legislativas a propósito de detención del inculpado, libertad provisional, incolumidad personal (con el más enfático rechazo a la tortura), presentación de particulares ante autoridades y cateo.

D) *Asistencia jurídica y apoyo moral.* Aquí viene al caso garantizar la legitimidad del procedimiento y satisfacer las necesidades de audiencia y defensa. De tal suerte, se aborda: defensa particular y de oficio, asistencia jurídica de participantes diversos del inculpado, y apoyo (una especie de "asistencia moral") a éste a través de la llamada "persona de la confianza" del imputado.

E) *Disposiciones acerca de la prueba.* En esencia, se pretende garantizar la idoneidad jurídica y moral de los medios empleados para el hallazgo de la verdad. Los temas que aquí cobran relevancia son los siguientes: procedencia y admisión de pruebas, declaración y confesión del inculpado, dictamen pericial, testimonio, careo, reconstrucción de hechos y reglas para la comprobación del cuerpo de ciertos delitos (asociados con la eficacia de la prueba confesional).

F) *Normas sobre atribuciones y eficacia de los actos de autoridades.* En este concepto quedan incluidas varias modificaciones o precisiones que contribuyen a garantizar el equilibrio funcional entre los órganos del Estado, conforme a su naturaleza, y a evitar abusos de poder. Cabe mencionar: restricciones a la actividad de la Policía Judicial y privación de efectos jurídicos a determinados actos, relación entre el Ministerio Público y la Policía Judicial, y relación entre el Ministerio Público y el juzgador (en lo que respecta al sobreseimiento).

G) *Trato específico para indígenas.* En forma que sirve a los propósitos del derecho social (corriente social del derecho) en materia penal, cuya aplicación más evidente se localiza en los actos de individualización, hubo innovaciones sobre traducción e interpretación, dictamen pericial especializado y contenido de la sentencia y de otras resoluciones jurisdiccionales.

No abordaré en esta breve nota todas las modificaciones aportadas por la reforma de 1991. Me detendré, solamente, en la presentación de algunas que revisten especial importancia, a mi juicio.

1. *Comunicación de derechos*

Ha parecido importante, como efectivamente lo es, puntualizar los derechos mínimos del detenido (sistematizando o desarrollando los existentes antes de la reforma y estableciendo otros), así como prevenir que la autoridad investigadora hará saber al detenido, de inmediato, esos derechos; así, la imputación que existe en su contra y, en su caso, el nombre del denunciante; la facultad de comunicarse inmediatamente con quien el imputado estime conveniente (para este fin se permitirá al indiciado el uso del medio de comunicación correspondiente: teléfono o cualquier otro, resuelve la ley reformada); la posibilidad que aquél tiene de designar sin demora a una persona de su confianza para que lo defienda o auxilie, persona que, a su vez, cuenta con el derecho de conocer la naturaleza y la causa de la acusación; y el derecho que le asiste para no declarar en su contra o guardar silencio. La infracción en la observancia de estas normas, que implican garantías de derecho secundario para el imputado, puede aparejar la ineficacia de pruebas obtenidas irregularmente. De este modo se amplía la regla sobre exclusión de pruebas (ampliamente desarrollada en el derecho jurisprudencial norteamericano).

2. *Detención*

La reforma insiste en los términos del artículo 16 constitucional (que no se suele traducir rigurosamente en la realidad), acerca de los datos que legitiman la privación de libertad de un indiciado: flagrancia delictuosa, urgencia (el concepto más opinable del catálogo constitucional), orden de aprehensión y —aparentemente— presentación voluntaria del probable infractor. Esto último implica una novedad: en rigor, la renuncia (expresa) a un derecho público subjetivo previsto en la Constitución. Desde luego, el punto es controvertible.

Ahora bien, la persona detenida en contravención a estas normas debe ser puesta inmediatamente en libertad. Aquí se plantea el problema del cambio de situación jurídica del inculpado: ¿procede tal liberación en *cualquier momento* del proceso, cuando se advierte que hubo captura irregular?

3. *Libertad provisional*

La ley suprema contiene una garantía en favor del "acusado": ser puesto en libertad bajo caución por la autoridad judicial correspon-

diente, cuando se le atribuya un delito sancionado con pena privativa de libertad que no exceda, en su término medio aritmético, de cinco años de prisión. Este mandato ha sido repetido, sin más, por los ordenamientos procesales secundarios.

Aquí se ha planteado (y así ocurrió en el proceso de reforma, e inclusive después) un problema que suscita debate: ¿puede la ley secundaria modificar los requisitos de otorgamiento de la libertad provisional, ampliando los derechos que a este respecto tiene el inculpa-do?

En ese proceso de reforma se aportó una expresa respuesta afirmativa a la pregunta formulada. Para ello se emplearon los mismos argumentos utilizados desde hace veinte años: la Constitución consagra garantías mínimas del gobernado, nunca garantías máximas; en consecuencia, la ley secundaria puede siempre mejorar la situación jurídica del sujeto.

Sostuve ese punto de vista cuando se modificó la legislación procesal, veinte años atrás, en 1971, para establecer la llamada libertad "previa", es decir, la liberación caucional acordada por el Ministerio Público en caso de delitos imprudenciales o culposos cometidos con motivo del tránsito de vehículos (esta ampliación de derechos, primero prevista en el CPPDF, ingresó en 1976 al CFPP y fue extendida en 1983 a los restantes casos de delito culposo). El mismo razonamiento empleamos para promover la presencia y actividad del defensor durante la etapa de averiguación previa, no prevista por el artículo 20 constitucional, que sólo alude a las garantías del "acusado" en un "juicio del orden criminal". Igualmente, hicimos constar ese argumento para apoyar la duplicación del plazo constitucional de tres días (artículo 19) a propósito del auto de formal prisión, cuando la ampliación mejore las oportunidades de defensa del inculpa-do y sea formalmente solicitada por éste.

En consecuencia de lo dicho, la reforma de 1991 permite al juzgador conceder al inculpa-do la libertad provisional bajo caución más allá de lo previsto por la fracción I del artículo 20 constitucional, salvo en casos taxativamente excluidos *ope legis* (cuya lista no menoscaba la situación existente antes de la reforma).

En tales hipótesis, de relativo arbitrio judicial, es preciso satisfacer determinadas condiciones: que se garantice la reparación del daño privado; que el otorgamiento de la libertad "no constituya grave peligro social"; y que no haya "riesgo fundado de que el inculpa-do pueda sustraerse a la acción de la justicia", ni se trate de reincidentes o habituales (se entiende que aquí esa calidad de reiterante involucra el "riesgo" excluyente de la liberación).

4. Asistencia jurídica y moral al inculpado

La reforma ha reforzado la asistencia al inculpado, por doble vía: de una parte, mediante defensor; de la otra, a través de "persona de su confianza".

La fracción IX del artículo 20 constitucional, acerca de la garantía de defensa, previene ambos conceptos: "Se le oirá (al acusado) en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad." Esta expresión es suficientemente clara a propósito de la libertad de defensa (limitada o relativa, empero, si se toma en cuenta que el sujeto no puede carecer de defensor, aunque tal sea su decisión; si no lo designa, se le nombrará defensor de oficio).

La versión secundaria incorporada en 1991 no tiene la misma claridad: en efecto, distingue entre el defensor, propiamente, que tiene a su cargo la "defensa" jurídica del imputado, y la "persona de la confianza", diversa del defensor y añadida a éste, que de tal suerte resulta una especie de "asistente moral" del inculpado en actos particularmente comprometedores y preocupantes, como la diligencia de confesión.

5. Confesión

La reforma aborda diversos temas probatorios (entre ellos la admisibilidad y pertinencia de la prueba, punto al que da una solución que, en mi concepto, no mejora la prevista en el texto anterior).

En este orden de cosas figura el régimen de la confesión, en el que se ha puesto especial interés. Ahora se define como sigue:

La confesión es la declaración voluntaria hecha por persona no menor de dieciocho años, en pleno uso de sus facultades mentales, rendida ante el Ministerio Público, el juez o tribunal de la causa, sobre hechos propios constitutivos del tipo delictivo materia de la imputación, emitida con las formalidades señaladas por el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Independientemente de las observaciones que amerita esa definición, vale considerar que para que tenga validez la prueba es preciso que el defensor o la "persona de la confianza" se hallen presentes cuando el inculpado confiesa. Por otra parte, la consignación (ejercicio de la acción penal, que supone comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del imputado) no puede fincarse únicamente en una confesión (¿se refiere la restricción a ambos su-

puestos de fondo de la consignación, o es admisible que alguno de ellos se sustente en varias pruebas y el otro sólo en confesión?). Sólo pueden recibir confesiones el Ministerio Público y el juzgador, no así —como sucedía bajo las normas anteriores— la Policía Judicial.

6. Relación entre el Ministerio Público y otras autoridades

La reforma comentada revisó las relaciones entre el Ministerio Público —en la averiguación previa y en el proceso— y otras autoridades: la Policía Judicial y el juzgador. En forma general se puede decir que estos cambios legales vieron con notoria desconfianza a la Policía Judicial y al Ministerio Público. En contraste, buscaron fortalecer las atribuciones del juzgador. Esto obedeció a recientes y lamentables hechos, que no examinaré ahora.

No sobra observar aquí, como referencia útil para la historia de nuestro procedimiento penal, que ante el Congreso Constituyente de 1916-1917 se hallaba desacreditado el juez de instrucción, instrumento de la dictadura. Por ello sus facultades investigadoras fueron transferidas al Ministerio Público, en el que depositó una renovada confianza el Constituyente. De ello dan testimonio el mensaje de Carranza, verdadera exposición de motivos del proyecto de reformas, y el debate en la Asamblea acerca del artículo 21. Ha ocurrido al revés en 1990-1991.

La reforma acentúa, como lo hicieron otras modificaciones legales previas, la autoridad del Ministerio Público sobre la Policía Judicial: reiteración del artículo 21 de nuestra ley suprema, en la letra y en el propósito. Por otro lado, disminuye o modera las facultades del Ministerio Público ante la autoridad judicial: la muestra más significativa de esta nueva posición la aporta el régimen de promoción del sobreseimiento.

Señala el texto legal en vigor, que el juez resolverá libremente sobre la pretensión de sobreseimiento que presente el Ministerio Público; así, éste ya no condicionará la determinación judicial de fondo. El tema propone importantes cuestiones: ¿debe persistir el Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal, no obstante que carezca, a su juicio, de elementos inculpatorios, según lo hace notar en la petición de sobreseimiento? ¿Puede el juzgador “rebasar” el pedimento del Ministerio Público contenido en conclusiones “no acusatorias”, y dictar, a despecho de éstas, una sentencia condenatoria?

7. Tratamiento especial para indígenas

En el proceso de la reforma se dedicó gran atención al caso de los miembros de comunidades étnicas minoritarias —los pueblos indígenas— que se ven sujetos al procedimiento penal. Por ello se previene oportuna y puntual traducción (en realidad, traducción e interpretación, aunque se haya soslayado deliberadamente este último término), y se considera la designación de peritos que aporten al juzgador elementos valiosos para la individualización judicial.

Son útiles estas nuevas normas, aunque no se desconoce que el problema tiene una hondura que no alcanzan a resolver —ni lo pretenden— los mandamientos procesales. No podría la ley procesal resolver la “extrañeza cultural” del indígena, que gravita sobre el procedimiento y, en realidad, sobre su relación plena con el sistema jurídico dictado por y para una cultura que le es ajena, en mayor o menor medida.

Sergio GARCÍA RAMÍREZ