



Revista

ISSN 2007-4700

Perla

MÉXICO

Número 16-17

Marzo 2019 • febrero 2020



La crisis del sistema de justicia penal en México. Una revisión crítica desde los fundamentos de la política criminal



José Zamora Grant

Universidad Autónoma de Tlaxcala

RESUMEN: La justicia penal en México está en crisis, y si bien ello no es privativo de este país, sí es reflejo de la crisis que embarga a los sistemas de justicia penal en los países latinoamericanos. Las reformas a la justicia penal y en materia de derechos humanos de los últimos años, si bien han significado un avance hacia el proceso de su consolidación democrática, no parecen suficientes para paliar con la dimensión de los problemas que debe atender. La reforma en materia penal de 2008 no responde a la totalidad de las variables de la epistemología garantista y recoge variables de paradigmas punitivos de epistemologías antagónicas, en evidente error de método.

PALABRAS CLAVE: crisis, justicia penal, democracia, política criminal, garantismo.

ABSTRACT: Criminal justice in Mexico is in crisis, and although this is not exclusive to this country, it is a reflection of the crisis that plagues criminal justice systems in Latin American countries. The reforms to criminal justice and human rights in recent years, although they have meant an advance towards the process of their democratic consolidation, do not seem sufficient to alleviate the dimension of the problems that must be addressed. 2008 criminal reform does not respond to all the variables of the guarantee epistemology and includes variables of punitive paradigms of antagonistic epistemologies, in obvious error of method.

KEY WORDS: crisis, criminal justice, democracy, criminal policy, guarantism.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Fundamentos de política criminal. Primer deslinde epistémico. 3. Las reformas constitucionales, su impacto en materia de justicia penal y derechos humanos, y su contribución a la consolidación democrática de la justicia penal en México. 4. Epistemología garantista. 5. El proceso penal acusatorio en México. Los faltantes para un sistema de justicia penal garantista. 6. La crisis del sistema de justicia penal. A manera de conclusión. 7. Fuentes de información.

Rec: 05-08-2019 | Fav: 15-08-2019

1. Introducción

Sin pretender encontrar una definición precisa de lo que es la política criminal, ni tampoco realizar un ejercicio exhaustivo que pretenda identificar o sistematizar todas las posibles fórmulas de política criminal que se despliegan —o se han desplegado— en México, en este trabajo se pretende reflexionar sobre los fundamentos de la política criminal, identificarlos en sus raíces epistémicas y, con base en ello, realizar un análisis crítico de lo que acontece hoy día en la materia, a propósito de las reformas de origen y rango constitucional que, a últimas décadas, han impactado en el despliegue punitivo estatal, a través de lo que se denomina, Sistema Penal.¹ Tales reformas de importancia relevante en torno al proceso de consolidación democrática del Estado mexicano contrastan, en evidente desfase, con la manera en cómo se despliegan las potestades públicas para el control del delito, desde las instancias que integran —y las personas que operan— el propio sistema.

En efecto, el derecho en el sistema jurídico mexicano ha sufrido una serie de cambios y transformaciones sin duda ambiciosos, que, si bien han generado grandes expectativas para quienes con impaciencia los esperaban, también dudas importantes para los escépticos o para aquellos que, arraigados en los modelos preexistentes, no se sienten cómodos ni tampoco seguros con ellos.

Estos cambios y transformaciones han impactado las bases constitucionales del sistema jurídico mexicano y de la política criminal misma, y han tenido un importante impacto también en materia penal y de derechos humanos, sobre todo con las reformas constitucionales tanto en materia judicial de 2008 como la de derechos humanos de 2011.

¹ El sistema penal, siguiendo a Roberto Bergalli, es el complejo de momentos e instancias de aplicación del poder punitivo estatal —surgido al amparo del Estado moderno— encargadas de la determinación de la punibilidad, de la fijación de las consecuencias punitivas y de la descripción de las formas en que se concreta tal intervención punitiva. Para el autor, "... el sistema penal está configurado, entonces, mediante procesos de creación de un ordenamiento jurídico específico, constituido por leyes de fondo (penales) y de forma (procesales). Pero, asimismo, deben necesariamente existir unas instancias de aplicación de ese aparato legislativo, con la misión de concretar sus situaciones, comportamientos y actores cuando se comete el delito y cómo se controla". *Control social punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación (Policía, Jurisdicción y Cárcel)*, Editorial María Jesús Bosch, S.L., Barcelona, 1996, p. VIII.

Tampoco se tiene la intención de describir los tecnicismos legales, ni la manera en cómo se integra el sistema jurídico mexicano en torno al despliegue político criminal. Una aproximación meramente jurídica requeriría de una exhaustividad no pretendida y resultaría insuficiente para dimensionar, al menos enunciativamente, la complejidad de las relaciones sociales, los fenómenos que generan y su vínculo con el despliegue punitivo del Estado, encargado de reaccionar, para proteger, sí, pero también para controlar. Ese sinfín de variables requiere un enfoque pluridisciplinario, tampoco exhaustivo —por exceder a las pretensiones de estas líneas—, pero sí enunciativo, para el análisis y la reflexión crítica.

En particular, la reforma constitucional en materia judicial en 2008, que significó la transición hacia un modelo procesal de corte acusatorio, ha vivido un proceso de implementación largo y complicado, según los parámetros de los artículos transitorios del propio decreto de reforma, pero también por lo que significa una reforma de tal magnitud en términos de infraestructura, recursos humanos, formación, capacitación, etc. Proceso de implementación que ha sido fuertemente criticado, quizá no precisamente por el cómo y los tiempos, sino por el modelo procesal mismo y su pretendida viabilidad y eficacia.

Así, críticas severas dirigidas al poder judicial por ser una puerta giratoria donde, como entran los imputados de delitos, quedan en libertad; críticas en todos sentidos, desde la función jurisdiccional a la ministerial y viceversa o del ámbito policial al ministerial, etc., han sido el común denominador.

Un cambio de modelo procesal no es poca cosa, y sin duda las complejidades de su implementación y de su esperada eficacia son latentes y requieren de tiempo y esfuerzo, pero ¿es solo eso lo que se necesita?, es decir, esfuerzo reflejado en capacitaciones permanentes y ejercicios de profesionalización, por ejemplo, y paciencia para esperar que con aquel esfuerzo en un lapso razonable las reformas "aterriren" debidamente en términos de su esperada eficacia; o, por el contrario, es necesario hacer más reformas para complementar las ya acaecidas o instrumentar políticas públicas que ayuden a lograr las expectativas de un modelo así. Todas estas preguntas requieren respuestas que lleven a conclusiones contundentes sustentadas en una crítica de bases sólidas que permita, a su vez, consolidar un modelo de justicia penal eficaz,

respetuoso de los derechos humanos y, por ende, garante de los derechos de las personas.

La premura de los problemas en torno al delito, sin embargo, exige con urgencia resultados que mitiguen la abrumadora realidad que nos asfixia y parece no tener fin, pero ¿es el modelo procesal acusatorio la solución a ello? ¿Hemos esperado ya lo suficiente para ver reflejados los primeros beneficios de un modelo así? ¿Es el modelo procesal acusatorio idóneo para tan asfixiantes problemas? Preguntas todas que requieren, para responderse, de reflexión y análisis contextual. Da la impresión de que las soluciones nunca son tan prontas, máxime si los problemas son del tamaño que ahora tienen;² pero ese tamaño no siempre lo tuvieron, se fue acrecentando. Fallaron, sin duda, los mecanismos de detección de estos o quizá solo se fue indiferente ante ellos; lo cierto es que crecieron y lo hicieron durante un largo tiempo. ¿Pueden, entonces, esos problemas resolverse tan pronto como parece se exige?

Las políticas públicas deben a la postre ofrecer resultados si su diseño atiende a los problemas que se pretenden resolver, y para ello es indispensable un buen diagnóstico. Las políticas públicas de la criminalidad no son la excepción; políticas que deberían, en progresividad, plantearse metas de corto, mediano y sobre todo largo alcance, pero siempre en un mismo sentido y con una misma finalidad. Ningún problema social que haya tardado tanto en conformarse cederá de la noche a la mañana, pero esa lección no parece haberse aprendido y se apuesta por cambios importantes que, sin embargo, nunca son de largo aliento ni del tamaño y la profundidad requerida. ¿Cumple la reforma de 2008 en cita con estas características?

² La crisis en la que México ha estado sumergida por la violencia desmedida ha sido investigada y documentada por diversas instituciones y organizaciones de la sociedad civil preocupadas por las graves violaciones a los derechos humanos y el poco o nulo acceso a la justicia para las víctimas, tanto de los delitos, como de violaciones a derechos humanos. El Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), en el 2018, realizaron un estudio para elaborar un propuesta de justicia transicional en México. En el documento se afirma que “México vive desde hace varios años un fenómeno de violencia a gran escala. Las víctimas se cuentan por miles. Esta grave situación y sus consecuencias no han podido ser atendidas desde las instituciones y mecanismos ordinarios de justicia”. *Estudio para elaborar una propuesta de política pública en materia de justicia transicional en México*. CIDE / CNDH, 2018. http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/Estudio_Justicia_Transicional_Mexico.pdf (Fecha de consulta, mayo 22, 2019).

Valga identificar, introductoriamente, la finalidad primordial de un modelo procesal acusatorio como el asumido en México tras la Reforma en cita, en el 2008. Sin desconocer que los problemas en torno al delito son múltiples y diversos, como múltiples y diversas deben ser las acciones para su control y disminución, un modelo procesal de corte acusatorio atiende a las formas en que se pretende juzgar —según la óptica del modelo teórico bajo el cual se desarrolla: el garantismo penal—, con la intención de atenuar, disminuir e incluso evitar las violaciones a derechos humanos en los procesos de incriminación. Se trata, principalmente, de evitar o disminuir los delitos y abusos de autoridad cometidos al seno mismo de la justicia penal, más no la criminalidad en general. Hacer más ágiles y transparentes los procedimientos por supuesto que es una de las características de toda fórmula adjetiva que se precie de ser acusatoria.

2. Fundamentos de política criminal. Primer deslinde epistémico

Los orígenes epistémicos que fundamentan el despliegue punitivo estatal, esto es, las políticas públicas de la criminalidad, se ubican en el origen del Estado mismo: el Estado absoluto, y en su inicial transición hacia variables democráticas en la naciente modernidad hacia la segunda mitad del siglo XVIII y gran parte del XIX.

Dos fórmulas a la postre antitéticas, y por tanto incompatibles, se irían conformando en este proceso, centradas, una en los hechos y otra en las personas, para dar paso a las fórmulas de derecho penal de acto y de derecho penal de autor: la primera, comúnmente asociada —para efectos didácticos, no del todo precisos— con la escuela clásica del derecho penal, y la segunda, con la escuela positiva.

Las diferencias de ambos modelos punitivos son diametrales³ al responder a epistemologías antagónicas, donde el primero se funda en el reconocimiento de la igualdad como inherente a las personas —lo que

³ Excepción hecha de que ambas tienen en común la interpretación de una sociedad homogénea, relativamente bien integrada en torno a valores comunes identificados como universalmente válidos; a esta fórmula Alessandro Barata la identifica como de *defensa social*, común, a su parecer, tanto a la escuela clásica como a la positiva, aunque históricamente se ha asociado a esta ideología de defensa social con la escuela positiva únicamente. *Criminología crítica y crítica al derecho penal*, 4ª. edición es español, Siglo XXI editores, México 1993, p. 35 y ss.

Estudio comparativo de la función policial

a la postre motivaría el reconocimiento de la dignidad humana como base y fundamento del derecho internacional de los derechos humanos y del concierto de las naciones organizadas en un sistema universal—, y la segunda se sustenta justamente en lo contrario, en el presupuesto de que hay personas de mayor y otras de menor valía: buenas y malas, normales y anormales, no peligrosas y peligrosas.⁴

Entre limitar el poder por la garantía de derechos para las personas y concebir el ejercicio del poder como un absoluto, se debatirían, desde el origen del Estado y hasta hoy día, las fórmulas punitivas. Encontrar la legitimación entre cuánto punir y cuántos derechos garantizar sería la preocupación principal, más que entender las razones de fondo, ponderar los beneficios y los perjuicios, medirlos y, sobre todo, contextualizar y trazar un rumbo para las políticas públicas de atención y reacción al delito, bajo metodologías congruentes y no incompatibles.

Las ideologías del iluminismo, principalmente las del contrato social de Rousseau y los planteamientos de Beccaria, por un lado, y el positivismo comtiano y los planteamientos lombrosianos, por el otro, son parte del fundamento ideológico originario de cada modelo punitivo, respectivamente, en la naciente modernidad. Las primeras marcarían el nacimiento de las fórmulas garantistas —que a la postre sistematizaría y reformularía Ferrajoli—, y las segundas sostendrían, con sus reformulaciones, las variables intervencionistas de una justicia penal represiva, pensada siempre con reminiscencias de su origen absolutista: el castigo y la venganza.

El devenir del Estado moderno desde entonces mostraría una proyección ambivalente en su evolución, sobre todo —no solamente— en lo que concierne al despliegue de las potestades punitivas. El Estado nació como Estado absoluto, pero con el advenimiento de la igualdad en el reconocimiento y ejercicio de derechos se marcaría un rumbo —complicado— de anhelos democráticos. La justicia penal sería reflejo latente de las tensiones entre garantizar la seguridad del Estado y la de las personas, y ese derrotero se conserva hasta la actualidad, donde no parece dife-

renciarse entre garantizar derechos y robustecer las potestades punitivas.

La expresión de Juan Bustos Ramírez⁵ da cuenta con claridad de las razones de estas tensiones:

En sus orígenes, el Estado actual —el absoluto— es el Estado de la inseguridad del individuo y, en cambio, el estadio de la seguridad del Estado: su autonomía y subsistencia se logra mediante la dependencia total del individuo. Quizá por eso allá un permanente retorno a ese Estado originario, o por lo menos una tendencia; cuando el Estado entra en crisis se vuelve a la posición fetal, esto es, al Estado absoluto. Es el caso de las dictaduras y de todos los gobiernos autoritarios. Pero se olvida que seguridad del Estado y seguridad del individuo son términos indisolublemente ligados: la mayor seguridad del Estado trae la menor del individuo, pero a su vez la anulación de la seguridad del individuo trae inevitablemente la inseguridad del Estado, pues surgen las luchas por la racionalidad y las libertades.

Las bases de la epistemología garantista se cimentarían, entonces, en la naciente modernidad y, hasta la primera mitad del siglo XIX, bajo una fórmula de Estado liberal —burgués— guardián de los derechos de las personas y limitado en su posibilidad de afectación de sus libertades, y bajo la fórmula de un derecho respetuoso de las leyes, ahora iguales para todos, legitimante y limitante de los actos de autoridad.⁶ Se trató de un Estado que permitió la libre circulación de la moneda y la conformación del modelo económico capitalista, a la par de sentar las bases de la democracia como modelo político; todo, a razón de la garantía de igualdad en el goce y ejercicio de derechos.⁷

El advenimiento del positivismo hacia el fin de la primera mitad del siglo XIX significaría, sin embargo, un cambio drástico hacia sus orígenes absolutistas en las políticas públicas por la esencia del Estado mismo. El Estado intervencionista —como se le reconocería— implicaría “retomar” el control por el Estado, de lo económico, sí, pero también de lo político y lo social. Las políticas públicas represivas, princi-

⁵ *Ibid.*, p. 12.

⁶ En este sentido, César Bonesana, Marqués de Beccaria. *De los delitos y de las penas*. Edición del Fondo de Cultura Económica, tomado de la traducción de Juan Antonio de las Casas de 1774, México, 2000, p. 216 y ss.

⁷ En este sentido, en libro de mi autoría, *Justicia penal y derechos fundamentales*, editado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2012, p. 11 y ss.

⁴ Esta segunda influencia epistémica es la que llevó a una de las crisis más profundas del Estado moderno, al hacer surgir el Estado fascista y el nazi. En este sentido, Juan Bustos Ramírez, *et al. El pensamiento criminológico II. Estado y control*, Editorial Temis, Bogotá, 1983, p. 18.

palmente de la criminalidad, jugarían un papel fundamental en este proceso. Centrarse, entonces, en la cualidad de las personas, clasificarlas y diferenciarlas entre sí, teniendo a la ciencia como pretexto y afectando o negando su dignidad, conformaría un paradigma punitivo de fuertes reminiscencias absolutistas pero de discurso —y también legitimación— científico. La ciencia —del positivismo— afirmaría que el *ser* condicionaba el *hacer* para determinadas personas que habrían nacido diferentes al resto, en el sentido de lo anormal, lo peligroso, lo malo. So pretexto de la ciencia, se negaría libre arbitrio para estos seres considerados inferiores respecto de los normales, los no peligrosos, los buenos.

El origen étnico, la raza, las enfermedades y también las ideologías, bajo este presupuesto epistémico, no solo serían el pretexto para la discriminación y el despliegue punitivo de tal cualidad, sino que fortalecerían la fuerza estatal y el control de los disidentes: seres diferentes sacrificables y sacrificados para la satisfacción social, para la venganza pública.⁸ Las desventajas de los actuales grupos en condición vulnerable, a quienes se les dificulta no solo el acceso a la justicia, sino también a la salud, a la educación, al trabajo, al desarrollo, tendrían su origen en aquel presupuesto epistémico. Las políticas públicas para el desarrollo los excluyeron, y las del control del delito los criminalizaron; les negaron titularidad de derechos so pretexto de su inferioridad y los hicieron objeto de la fuerza estatal en pos de una sociedad pensada bajo principios universales de “normalidad”; los hicieron objetos del derecho y no sujetos de derechos.

Los modelos de política criminal en el devenir del Estado en la modernidad, en la tradición jurídica continental al menos, se corresponden, en principio, con una u otra raíz epistémica: la que considera a las

personas sujetos de derechos y la que las considera objetos del derecho.

En las relaciones de derecho público —entre las autoridades y las personas—, como lo son las que derivan del despliegue punitivo regulado por el derecho penal y operado mediante las políticas de la criminalidad, la ambivalencia sería muy clara: el aumento progresivo de los derechos para las personas involucradas en y frente a la justicia penal, esto es, principalmente imputados de delito y víctimas de los mismos, repercutiría —como lo hace— irremediablemente en el aumento de las obligaciones de los operadores del sistema penal y en detrimento de su posibilidad y forma de incidir en la afectación de derechos en el despliegue punitivo. De manera inversamente proporcional, el aumento de las potestades punitivas siempre ha repercutido en detrimento de los derechos de las personas.

Entre qué tanto punir y cuántos derechos garantizar, se ha pretendido encontrar el equilibrio de los sistemas penales y sus procedimientos, en aras de juicios justos; pero el diseño de los modelos procesales mixtos, más que buscar y encontrar aquel equilibrio, hizo convivir en sus fórmulas punitivas variables de ambos paradigmas punitivos de epistemologías antagónicas, en evidente error de método. Por ello, las mixturas no han más que ocasionado incongruencias que redundan en detrimento de los derechos de las personas, tanto de imputados como de víctimas; ineficacia en el control del delito, y violaciones a derechos humanos por el despliegue estatal.

Pero ¿qué paradigma epistémico, y porqué, debe prevalecer sobre el otro? La respuesta se debe buscar en los fundamentos constitucionales del derecho, sí, pero también en las formas de la evolución social a las que el derecho se debe no solo adaptar, sino contribuir, e incluso marcar el rumbo, mediante las políticas públicas, para el caso, de la criminalidad. Si las sociedades han cambiado sus formas de integración hacia la pluralidad, si los intereses son cada vez más diversos entre quienes las conforman, si las definiciones en torno a valores universalmente válidos ya no generan el consenso para la cohesión social como antaño, entonces queda claro que las sociedades evolucionan hacia la diversidad, la pluralidad no solo étnica, sino de ideología y de intereses. Variables todas en las que los modelos absolutistas, siempre anclados en verdades universales y también absolutas que se

⁸ La lectura de Giorgio Agamben, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, puede dar luz a esta idea originaria del derecho romano arcaico, que lleva a la idea de que “... el homo sacer puede recibir la muerte de cualquiera sin que esto le suponga a su autor la mácula del sacrilegio”, de personas sacrificables impunemente; “... residuo debilitado y secularizado de una fase arcaica en que el derecho religioso y el penal no se habían diferenciado todavía y en el que la condena a muerte se presentaba como un sacrificio a la divinidad...”. Reflexionar, sin embargo, qué tanto esta fórmula persiste en la justicia penal moderna de la influencia de la ideología de la *defensa social* nos puede llevar a conclusiones interesantes sobre muchas de las formas en las que desde la justicia penal se sacrifica a aquellas personas consideradas sin valor. 3ª reimpresión, Pre-Textos, Valencia, España, 2010, pp. 93-97.

Estudio comparativo de la función policial

imponen, no pueden tener cabida. De ahí que la evolución del derecho deba darse hacia variables democráticas y no absolutistas, y los modelos de políticas públicas de la criminalidad no pueden ser la excepción. Debemos preguntarnos ¿qué tanto contribuyen o no los modelos de política criminal en la consolidación de una sociedad democrática?

3. Las reformas constitucionales, su impacto en materia de justicia penal y derechos humanos, y su contribución a la consolidación democrática de la justicia penal en México

En los años 2008 y 2011, respectivamente, dos reformas a la Constitución federal impactaron diametralmente tanto los procesos de incriminación como la manera de concebir y operar los derechos humanos. Ambas reformas se complementan para el proceso de democratización de la justicia penal en México, por lo que es de interés exaltar dónde se da, y cómo, tal complementariedad.

Uno de estos cambios, sin duda de los más importantes al sistema jurídico mexicano, es el que motivó el abandono del modelo procesal mixto-inquisitivo en materia penal y la subsecuente implementación de uno de naturaleza acusatoria,⁹ mediante la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) en el año de 2008; reforma que, a la postre, motivaría la promulgación del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) en el 2013.

Esta reforma constitucional ha significado un importante avance en el proceso de democratización de la justicia penal y, por ende, en la consolidación de un Estado constitucional y democrático de derecho. Una justicia penal que por décadas había estado sumida en fórmulas represivas de criminalización de corte inquisitivo propias de un modelo mixto en el que los pocos derechos previstos en ley para los imputados se reconocían frente al juez de la causa, pero cuando lo practicado, investigado y obtenido en la fase de in-

vestigación no tenía marcha atrás y sus efectos eran determinantes al momento de la sentencia.¹⁰ Aquellos procesos mixtos de corte inquisitivo presumían la culpabilidad salvo prueba en contrario, por lo que la carga de la prueba recaía en el acusado y no había distinción clara entre la función jurisdiccional y la acusación. Y qué decir del amplio espectro para la valoración de las pruebas, donde el arbitrio del intérprete no parecía tener límites y, por tanto, el control de la prueba era mínimo por el carácter indeterminado y valorativo de las hipótesis acusatorias para poder incriminar mediante juicios de valor, no refutables para la defensa, de todo aquello que caprichosamente se utilizaba como medio de prueba.¹¹

Dejar atrás, entonces, esas prácticas punitivas para reconocer más derechos a los imputados de delitos, bajo un esquema de presunción de inocencia, en el que la carga de la prueba recaiga en quien acusa y haya una distinción clara entre quien acusa y quien juzga, así como un mayor control de la prueba que restrinja el arbitrio en las valoraciones judiciales ha supuesto un proceso de democratización de la justicia penal en México, en evidente progresividad.

El artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consagra, en virtud de la reforma de 2011, que las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.¹²

¹⁰ Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 3ª. Edición en español, Trotta, Madrid, 1998, pp. 51-69.

¹¹ Guillermo Colín Sánchez. *Derecho mexicano de procedimientos penales*, Editorial Porrúa, México 1989, p. 74.

¹² Principios que son parte de las características reconocidas para los derechos humanos, pero que, llevados a rango constitucional, a manera de principios, constituyen no solo la obligación, sino que dan una perspectiva de transversalidad al quehacer público. Acotar, sin embargo, el significado de cada principio es más complejo de lo que parece y excede las pretensiones de este trabajo, pues si bien, por ejemplo, “los derechos humanos se adscriben a todos los seres humanos”, como afirma Gregorio Peces-Barba al referirse al principio de universalidad, entender así a la universalidad implica hacerlo desde una perspectiva *iusnatural* y, por tanto, moral; lo que implicaría que los derechos humanos se mantendrían independientemente de que fueran o no reconocidos por el sistema positivo dado. Pero la idea contemporánea de los derechos humanos no puede concebirse a partir de una única interpretación, ya que implicaría generar procesos hegemónicos y de dominación, pues una reconstrucción sociohistórica ayudará a entender a los derechos humanos como manifestaciones culturales determinadas temporal y geográficamente. En este sentido, y si se desea profundizar en este análisis, se recomienda la lectura de Luis Daniel Vázquez y Sandra Serrano. *Los principios de Universalidad, interdependen-*

⁹ Afirmar, sin embargo, que la reforma de 2008 trajo un modelo procesal acusatorio requiere de ciertas precisiones. La reforma de 2008, si bien tuvo una influencia importante del garantismo penal, lo cierto es que otras influencias también se reflejaron en la misma, y no necesariamente compatibles entre sí. Así, por ejemplo, las potestades reservadas de manera exacerbada para cuando se trata de criminalidad organizada, o la fórmula del arraigo, son variables propias de modelos represivos de justicia penal, de un paradigma, el positivista, que con el modelo procesal acusatorio, paradójicamente, se pretendía abandonar —o superar—.

Estas características de los derechos humanos, llevadas a rango constitucional, son una expresión clara de la convicción democrática del Estado mexicano, por lo que las instituciones públicas, como las que conforman la justicia penal, no pueden ser la excepción. Pero la reforma en materia judicial de 2008, ya hacía lo propio en cuanto a la convicción de democratización de la justicia penal se refería. Cambiar de modelo procesal, con la intención de dejar atrás aquel vinculado más a las fórmulas inquisitivas de justicia, incorporando principios como los de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, garantizando la presunción de inocencia y la carga de la prueba para quien acusa, es sin duda una muestra clara de cómo los derechos humanos son —deben ser— progresivos en materia penal también.

Un recuento de las transformaciones en materia penal en México, si bien reflejará tendencias represivas en variables sobre todo de materia sustantiva, mostrará también un avance mayor en la consagración de derechos para las personas involucradas en y frente a la justicia penal,¹³ por supuesto en detrimento de las potestades punitivas de los operadores del sistema penal en particular y del Estado en general; y ello es progresividad.¹⁴

cia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica, publicado en la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/7.pdf> (Fecha de consulta abril 03, 2019).

¹³ Reflexión aparte requiere la evaluación sobre la eficacia en la garantía de los derechos consagrados tanto para imputados de delitos como para víctimas; variable en la que la justicia penal sigue quedando a deber, baste con revisar la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre la Seguridad Pública (ENVIPE, 2017) del INEGI, que arroja una cifra negra del 93.7%, y los índices de impunidad, también desarrollados por esa institución, que van en algunas entidades federativas hasta el 99%. <https://www.inegi.org.mx/programas/envipe/2018/> (Fecha de consulta, julio 5, 2019).

¹⁴ A la progresividad generalmente se le asocia con el cumplimiento de derechos económicos sociales culturales, lo cual no es del todo preciso, ya que no solo las obligaciones que derivan de derechos de esta naturaleza se pueden cumplir progresivamente; sin embargo, la progresividad es, sin duda, más amplia, sobre todo si pensamos en cómo en el ámbito de la justicia penal hemos experimentado avances y regresiones en materia de consagración de derechos fundamentales para quienes entran en contacto con la justicia penal. Por ello me adhiero a la perspectiva que entiende, además, que la progresividad implica también no regresividad, misma que debe ser observada no solo en las políticas públicas para derechos de tipo económico y social, sino también en leyes que impliquen actos de Estado que afecten el ejercicio de derechos: “Los derechos pueden aumentar, pero no disminuir”. En este sentido, Roberto Gustavo Mancilla Castro, “El principio de progresividad en el ordenamiento constitucional mexicano”. *Cuestiones*

La reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos cobra relevancia en su vínculo con la de 2008, en tanto esta, en gran medida, también es una reforma de derechos humanos para el ámbito de la justicia penal. En ambas reformas se trata de avanzar hacia la consolidación democrática del Estado mexicano; y a ello se llama progresividad. La progresividad, desde la perspectiva de la justicia penal, implica el aumento de derechos para las personas en detrimento de las potestades del Estado para restringir derechos y el consecuente aumento de las obligaciones para quienes claramente, en términos del artículo primero constitucional, deben promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.¹⁵

Un derecho ganado es, en este sentido, una conquista irreversible. En progresividad, deberá haber cada vez más derechos para los involucrados y, por ende, menos potestades punitivas para los operadores del sistema. Sin duda, incorporar las obligaciones de las autoridades de conformidad con el principio de progresividad es una expresión —política— clara de la convicción democrática del Estado mexicano; y ambas reformas —2008 y 2011— son muestra de tal convicción.

Siguiendo este hilo conductor, consagrar y garantizar derechos humanos a quienes entran en contacto con la justicia penal, en su calidad de imputado de delito, es esencia de un modelo procesal acusatorio de origen garantista. Una justicia penal menos lesiva y más garante de los derechos de las personas es una justicia de convicción democrática.

La finalidad de un modelo procesal acusatorio es disminuir las violaciones a los derechos humanos al seno mismo de la justicia penal, por lo tanto, correspondida con la teleología del garantismo penal. La expectativa de la reforma de 2008 siempre ha sido esta, una reforma de convicción democrática y, por tanto, de derechos humanos para la justicia penal.

Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, núm. 41. Publicado en la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/6098/8039>. (Fecha de consulta abril 05, 2019).

¹⁵ Obligaciones para toda persona del servicio público, también consignadas en virtud de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, incorporadas en el tercer párrafo del artículo 1. Texto que deja en claro que todas las autoridades tienen competencias en materia de derechos humanos de las que derivan las obligaciones descritas y no las que tengan competencias en la materia.

Estudio comparativo de la función policial

Aun cuando sí, en gran medida, no toda la reforma en materia judicial de 2008 fue influenciada por el garantismo penal, al menos en sus variables adjetivas, otras influencias de orígenes epistémicos diversos y no necesariamente compatibles entre sí conviven en la nueva fórmula procesal. Así, por ejemplo, la influencia de los modelos adversariales de origen anglosajón se refleja en fórmulas concretas de naturaleza procesal, como los modelos compositivos, que conviven con las garantistas en pretendida armonía y compatibilidad. Pero las fórmulas de composición de los conflictos no son esencia de la naturaleza garantista, sin embargo, le son compatibles; en tanto, los modelos procesales denominados garantistas en Latinoamérica han incluido fórmulas compositivas. Ferrajoli habla, por ello, de grados de garantismo¹⁶ en atención al estricto apego, o no, a su esquema axiomático. Debido a esto, de los sistemas penales que llamamos garantistas, principalmente los países latinoamericanos, habría que evaluar su grado de garantismo, esto es, de apego a los axiomas garantistas y a su interconexión.

En el mismo sentido, el principio de oportunidad, incluido en el modelo procesal actual que denominamos acusatorio, proviene de la tradición procesal penal estadounidense, en la que el ejercicio de la acción penal está condicionado a la discrecionalidad del *prosecutor*, que es casi ilimitada, por lo que tampoco es en esencia del garantismo penal. Sin embargo, a diferencia de los modelos anglosajones de nula vigencia del principio de legalidad, en las fórmulas continentales la oportunidad no puede oponerse al principio de legalidad, por lo que se trata de una oportunidad reglada.¹⁷

Otro ejemplo de las muchas influencias de origen epistémico diverso, pero compatible, es sin duda el abolicionismo penal, al menos sus versiones menos radicales. Nils Christie, al hablar de las presiones globales para expandir el derecho penal, afirma que hay buenas razones para “contraatacar” para limitar el tamaño de la maquinaria penal: “hagamos nuestro mejor esfuerzo para reducir el volumen de reparto del dolor”. Para el autor, una sensata cantidad de delito solo se puede lograr si se va en dirección opuesta a tal expansión y a la de la población carcelaria, y afirma:

... esta posición no debe ser llevada al absurdo. Hay, incluso en la mejor de las sociedades, situaciones donde los valores generalmente aceptados se ven amenazados. Hay situaciones donde aquellos que los amenazan no quieren renunciar a sus intento, o no quieren encontrarse en un proceso de reconciliación con aquellos a quienes han dañado, o donde los ofendidos no quieren encontrarse con los agresores. Para estas situaciones y gente, tenemos la institución del derecho penal como un tesoro de la sociedad.¹⁸

Todas estas fórmulas descritas son muestra de un modelo de política criminal en México para el caso procesal —merced a la reforma en comento—, en la que convergen diferentes modelos teóricos y epistémicos que, en tal caso, son de origen y convicción democrática, como su común denominador. Otras variables teóricas y epistémicas, sin embargo, también llegaron con esta reforma que, lejos de abonar a aquella convicción garantista, han robustecido las potestades punitivas del Estado en detrimento de los derechos fundamentales de los involucrados en y frente a la justicia penal: el arraigo y todas las variables represivas para el combate a la criminalidad organizada son ejemplo claro de ello.¹⁹ El origen epistémico de las corrientes de pensamiento que influyen a estas variables no solo no es garantista, tampoco le es compatible.

Otro aspecto relevante de la reforma es el fortalecimiento en la Constitución del régimen especial para la delincuencia organizada: Se establecen medidas como las que ya existen en otros países democráticos para enfrentar a los delincuentes peligrosos, entre ellas el arraigo antes de la sujeción a proceso, la prisión antes y durante el juicio, confidencialidad de datos de víctimas o testi-

¹⁸ *Una sensata cantidad de delito*. 1ª reimpresión de la edición en castellano, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008, p. 158.

¹⁹ En la reforma se incluyeron variables represivas para la justicia penal, incluso desde el diseño se afirmó que se trataba de ajustar el sistema penal a los principios de un Estado democrático de derecho, sí, pero también de implantar prácticas más eficaces contra la delincuencia organizada; y, aun cuando se afirmó que la reforma era en esencia garantista, se fortaleció en la Constitución el régimen especial para la delincuencia organizada: el arraigo, la extinción de dominio, etc. Así consta en el documento *Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia. Guía de Consulta*, editado por el Gobierno Federal para difundir y explicar en qué consistía la reforma a través de un ejercicio comparado del antes y después de la reforma. <https://docplayer.es/17440602-Reforma-constitucional-de-seguridad-y-justicia.html> (Fecha de consulta 02 de julio, 2019).

¹⁶ Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón*, op. cit., p. 97 y ss.

¹⁷ En este sentido, Fanchiotti y Ferreiro Conde Pumpido, citados por Perfecto Andrés Ibáñez, y el propio Andrés Ibáñez, en *Justicia penal, derechos y garantías*. Bogotá, editorial Palestra y Temis, 2007, pp. 69, 70 y 71.

gos, intervención de comunicaciones privadas, acceso a información reservada y extinción de dominio de propiedades a favor del Estado, siempre con orden del juez. Los acusados por delincuencia organizada conservarán en todo momento sus garantías para tener un juicio en igualdad de condiciones con el Ministerio Público, en presencia del juez y con la libertad para presentar argumentos y pruebas.²⁰

Este párrafo textual de la guía de la reforma constitucional de seguridad y justicia de la Secretaría de Gobernación utiliza categorías como la de peligrosidad y fórmulas más restrictivas de los derechos de las personas de origen positivista y retomadas por corrientes de pensamiento como la del derecho penal del enemigo, del que Eduardo Martínez-Bastida²¹ afirma que es “...el constructo lingüístico de naturaleza artificial que legitima la decisión deontológica de excluir, de manera parcial, la calidad de persona a un individuo para incluirle en el catálogo de riesgos y peligros sociales”. Fórmula esta no solo contraría a las pretensiones de *ultima ratio* y de *derecho penal mínimo* propias del garantismo, sino también incompatibles, debido a su origen epistémico diverso: uno de derecho penal de acto, y el otro de derecho penal de autor. Expresiones que invitan a reflexionar sobre la afirmación de Zaffaroni, al afirmar:

El poder punitivo siempre discriminó a seres humanos y les deparó un trato punitivo que no correspondía a su condición de *personas*, dado que sólo los consideraba como *entes peligrosos o dañinos*. Se trata de seres humanos a los que se les señala como *enemigos* de la sociedad y, por ende, se les niega el derecho a que sus infracciones sean sancionadas dentro de los límites del derecho penal liberal, esto es, de las garantías que hoy establece el derecho internacional de los derechos humanos.²²

²⁰ Idem.

²¹ El autor también afirma que “...el enemigo ha sido utilizado como pretexto para usar, de manera indiscriminada, el punitivismo en las constantes del devenir histórico: el Derecho Penal, para funcionar, ha necesitado de un elemento que, intrínsecamente, le permite legitimarse en el conglomerado social, este constructo es conocido bajo el epígrafe de *hostis* o enemigo, elemento siempre presente en los discursos y procesos de criminalización del poder punitivo a lo largo de la historia”. *Derecho penal del enemigo*. Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. de C.V., México, 2013, pp. 25 y 26.

²² Eugenio Raúl Zaffaroni. *El enemigo en el derecho penal*. Editores Coyoacán, México, 2007, p. 11.

Si la reforma constitucional en materia judicial de 2008 se trata, como se ha afirmado, de una reforma en esencia de derechos humanos, ¿qué implica ello? Las variables represivas respetan poco los derechos humanos y, por ende, se corresponden con las variables de la inquisición y no con las de la democracia. Todo modelo de justicia penal que se precie de garante de derechos y, por ende, democrático debe —en la medida de lo posible— controlar al máximo las potestades del Estado para punir. Esto implica ser “generoso” en la consagración de derechos para imputados y víctimas, sin soslayar que la intervención punitiva también es garante de los derechos de las personas afectadas por el delito y no solo de las personas a las que incrimina, pero, por supuesto, también de ellas. Decidir dónde está el límite de cuánto es necesario punir, sin embargo, es una decisión de política criminal que se refleja en cuán democrático resulta el despliegue punitivo estatal, pero también qué tan eficaz resulta la función punitiva en cuanto tal.

4. Epistemología garantista

La principal influencia epistémica en el modelo procesal adoptado por la reforma en cita de 2008 es el garantismo penal, originado en el liberalismo clásico y sistematizado a fines de siglo xx por Luigi Ferrajoli.

El garantismo penal se sustentó en el argumento de recuperar del derecho penal su carácter protector de los derechos fundamentales de las personas a través de tres niveles de garantías: 1) las garantías del delincuente ante la arbitrariedad del Estado, 2) las garantías de las víctimas ante el daño causado por el delincuente y 3) las garantías del delincuente frente a la venganza privada de la sociedad en general y de la víctima en particular;²³ expresión reflejada, en gran medida, en el artículo 20 constitucional: “El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen”.

²³ Damián Zaitch y Ramiro Sagarduy. *La criminología crítica y la construcción del delito: Entre la dispersión epistemológica y los compromisos políticos, en Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, edición de la Cátedra “Delito y sociedad: sociología del Sistema Penal” de la carrera de Sociología de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, año 1, número 2, segundo semestre de 1992, Buenos Aires [s.e.] p. 47.

Estudio comparativo de la función policial

El garantismo es una tendencia crítica propia del ámbito latino de Europa, surgida en las décadas de los sesenta y setenta del siglo pasado en el contexto italiano, a la que se denomina *garantismo penal*, cuyo principio fundamental es recuperar del derecho penal su aspecto garantista y el carácter protector de los derechos fundamentales de las personas, tras la inflación punitiva acaecida en los dos últimos siglos.²⁴

Para Ferrajoli, la justificación del derecho penal ha de sostenerse en una premisa de prevención doblemente negativa: como medio de protección social para evitar que se cometan más delitos y como herramienta de protección de las personas frente al poder punitivo estatal, es decir, como garantía:

... la pena no sirve únicamente para prevenir los injustos delitos, sino también los injustos castigos [...] no tutela solamente la persona ofendida por el delito, del mismo modo protege al delincuente de las reacciones informales, públicas o privadas. En esta perspectiva la “pena mínima necesaria” de la cual hablaron los iluministas no es únicamente un medio, es ella misma un fin: el fin de la minimización de la reacción violenta contra el delito.²⁵

Por tanto, para el autor el fin del derecho penal no puede reducirse a la mera defensa social contra la amenaza representada por los delitos, sino que dicho fin supone más bien la protección del débil contra el más fuerte.

... la ley penal se justifica en cuanto ley del más débil, orientada hacia la tutela de sus derechos contra las violencias arbitrarias del más fuerte. De este modo, los *derechos fundamentales* constituyen precisamente los parámetros que definen los ámbitos y los límites como *bienes*, los cuales no se justifica ofender ni con los delitos ni con las punitivas.²⁶

El derecho penal es, desde la perspectiva garantista, un instrumento de tutela de los derechos fundamentales de todo Estado democrático, la cual no solo se plantea en contra del eventual abuso del poder público, sino en contra de cualquier poder, público o

privado, que constituya una amenaza a los derechos fundamentales. Ferrajoli recuerda que el paradigma garantista puede expandirse en tres direcciones: 1) hacia la tutela de los derechos sociales y no solo los de libertad, 2) frente a los poderes privados y no solo frente a los públicos, y 3) en el ámbito internacional y no solo estatal.²⁷

El garantismo penal, en tanto modelo que ha servido de inspiración y base para el diseño de múltiples modelos procesales en occidente de convicción democrática, como México, se sustenta en tres definiciones de política criminal formuladas por Ferrajoli a manera de preguntas: ¿cuándo y cómo castigar?, ¿cuándo y cómo prohibir? y ¿cuándo y cómo juzgar?²⁸ Por ello, una política criminal asumida desde el modelo teórico garantista debe definir tanto las variables referentes, sí, al juicio, pero también las referentes al propio delito y a las penas a imponer; esto es, cómo juzgar, qué prohibir y cómo sancionar.

La epistemología garantista, esquematizada por Ferrajoli con base a sus 10 axiomas, pretende responder, y por tanto legitimar, a las preguntas: ¿cuándo y cómo castigar? (para referirse a la pena), ¿cuándo y cómo prohibir (refiriéndose al delito) y, finalmente, ¿cuándo y cómo juzgar? (al referirse al juicio). En este orden de ideas, una pena impuesta solo tiene razón de ser —se justifica— si se encuentran las razones del cuándo y cómo castigar, prohibir y juzgar. Este último elemento se define por el modelo procesal asumido, el acusatorio, en el que los equilibrios procesales ponen en “igualdad de armas” a las partes en el proceso. Pero en las respuestas al cuándo y cómo prohibir y castigar de todo modelo garantista se tiene que definir, entre otras variables, qué acciones deben ser consideradas delitos y la razón por la que deben ser reprimidas y en qué medida; y todo ello se define en ley sustantiva.

Un modelo procesal acusatorio, por tanto, expresa solo las garantías relativas al proceso; pero, como tal, es parte de una fórmula epistémica concreta y, por lo tanto, la base de una política criminal integral. No solo debe definir cómo debe procesarse y bajo qué parámetros, ni solo asumir una postura de tendencia

²⁴ *Ibid.*, p. 43 y ss.

²⁵ “Derecho penal mínimo” trad. de Roberto Bergalli, con la colaboración de Héctor C. Silveira y José L. Domínguez, en varios autores. *Prevención y teoría de la pena*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1995, p. 21.

²⁶ *Ibid.*, p. 16.

²⁷ Luigi Ferrajoli. *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, 2ª edición, Editorial Trotta, Madrid, 2009, p. 113.

²⁸ Ferrajoli, explica su modelo epistémico con base en 10 axiomas garantistas integrados por principios que ordena y conecta sistemáticamente y que definen el cuándo y cómo juzgar, prohibir y castigar. Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón*, op. cit., pp. 93 y 94.

represiva o más respetuosa de los derechos de las personas a las que alcanza; toda política criminal debe ser congruente en sus muy diversas variables, tanto las de naturaleza procesal como las de naturaleza sustantiva.

En el sistema penal concurren actores que operan la ley penal desde las instituciones que le conforman con sus muy diversas pero complementarias competencias, tanto del ámbito administrativo como del judicial; ambos, con fundamento, por supuesto, en la legislación penal y procesal penal. Por ello, una política criminal completa requiere no solo de la definición de cómo y cuándo juzgar —siguiendo el modelo garantista de Ferrajoli, con base en la fórmula acusatoria del principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación—, sino de definiciones propias de la ley sustantiva penal que definen el cómo y cuándo prohibir y el cómo y cuándo castigar; definiciones que completan el modelo epistémico garantista. Así, completan el modelo las definiciones del cuándo y el cómo de la intervención penal, expresando las garantías relativas al proceso, sí, pero también las garantías relativas tanto al delito como a la pena.

5. El proceso penal acusatorio en México. Los faltantes para un sistema de justicia penal garantista

La reforma de 2008, con la inclusión de principios constitucionales para la justicia penal, las garantías procesales, las libertades de los ciudadanos y las exigencias derivadas del principio de presunción de inocencia, el aumento de derechos para los imputados de delito y para las víctimas u ofendidos por el mismo y el debido proceso penal en general, es sin duda uno de los “pasos” más importantes que una reforma constitucional ha dado para la consolidación democrática del sistema penal.

Efecto inmediato de esa reforma fue la promulgación de códigos procesales en materia penal de corte acusatorio y luego la del CNPP, que, además de lograr la unificación de los criterios procesales, sienta las bases de una política procesal mucho más respetuosa de los derechos de los involucrados que la de los modelos mixtos de naturaleza inquisitiva que quedaron atrás.

Esta reforma decidió la manera en cómo juzgar, base clara de una política criminal que decide equi-

librar las fuerzas de las partes en el proceso para nivelar los contrapesos y evitar los abusos de poder, en el entendido de que generalmente quienes entran en contacto con el sistema penal son vulnerables frente a este. Acorde con la epistemología garantista, basada en las tres preguntas aludidas, la reforma de 2008 no tocó las variables sustantivas: aquellas que definen el cómo y cuándo prohibir y castigar, lo que debió suceder desde la ley penal, por lo que es una reforma incompleta y, por lo tanto, carece de integridad desde el enfoque epistémico garantista.

Con la reforma se transformó el sistema penal de variables mixtas-inquisitivas a uno de tipo acusatorio, en donde se ha definido el cómo del proceso de incriminación; sin embargo, en congruencia, la base de una política criminal de corte garantista, como la de los modelos procesales acusatorios, exige además —como se explicó— la definición de cuándo y cómo prohibir y castigar. Por ello, acorde con el modelo procesal adoptado en la reforma aludida de corte garantista y con las expectativas de una justicia penal más respetuosa de los derechos de las personas, el Estado mexicano debe definir una política criminal que consolide su convicción democrática; para lo que resulta indispensable hacerlo desde la ley constitucional y que impacte tanto en la ley sustantiva penal como en el cúmulo de leyes comprometidas.

Las definiciones de política criminal referentes a las garantías sobre el delito, en el esquema garantista se refieren, siguiendo a Ferrajoli,²⁹ a los intereses que justifican o no justifican la tutela penal mediante la prohibición como delitos de unos comportamientos y no de otros; esto es, la definición de qué acciones u omisiones deben ser consideradas delitos y las razones para así considerarlos. En estas definiciones de política criminal —cuándo y cómo prohibir—, el Estado debe responder a la pregunta de por qué ciertas acciones merecen la tutela penal y, por tanto, del andamiaje del sistema penal que reaccionaría para la protección del bien jurídico tutelado. Lo anterior implica discernir si la tutela penal es necesaria —principio de necesidad— o si hay otros medios menos violentos al alcance que podrían resolver el problema social concreto sin tener que considerarle delito, ya sea porque no hay un víctima o grupo de víctimas identificadas —delitos sin víctima— o porque su atención desde otro tipo de políticas públicas, como las de carácter

²⁹ *Ibid.*, p. 459 y ss.

Estudio comparativo de la función policial

social, pueden atender y resolver la problemática social sin la necesidad de recurrir a las restricciones y afectaciones severas de derechos que la intervención punitiva implica.

Es este orden de ideas, decidir qué prohibir desde la ley sustantiva penal implica la responsabilidad de entender que muchas acciones, que suelen tipificarse como delitos, con sus respectivas y muy variadas modalidades, no necesitan del poder punitivo estatal para atenderse, en tanto problemáticas sociales que son.

Además de decidir qué tipificar, qué acciones u omisiones deben ser consideradas como objeto de la tutela penal, esto es, los intereses que justifican o no la tutela penal mediante la prohibición como delitos de unos comportamientos y no de otros —cuándo y cómo prohibir—, habrán de definirse las condiciones de justificación de la imposición en concreto de las penas, su naturaleza y medida.³⁰ Así, por ejemplo, por la estructura del sistema penal en México, la decisión de qué delitos de alto impacto deben suponer prisión preventiva oficiosa —en términos del artículo 19 constitucional— son muestra clara de este tipo de definiciones referentes a la pena, siguiendo la epistemología garantista.

Otras definiciones respecto del tipo de delitos, en estas definiciones respecto de la pena, tendrán impacto directo en fórmulas procesales concretas que a su vez impactarán en el goce y ejercicio de derechos tanto para imputados de delitos como para víctimas de estos. Así, la posibilidad de las víctimas de optar por ejercer directamente la acción penal —acción penal por particulares—, en términos de lo previsto por el artículo 21 constitucional en su párrafo segundo, o también en la posibilidad de optar por mecanismos de composición. Ejemplo de ello, cuando de ejercicios de derechos del imputado se trata, es la posibilidad de gozar o no de penas alternativas a la prisión tanto preventiva como de ejecución de sentencia.

La ley sustantiva, sin embargo, no fue objeto de la reforma *garantista* de 2008 a la justicia penal. La reforma fue principalmente procesal, para la implementación del modelo procesal acusatorio, esto es, la definición del cómo y cuándo juzgar; por lo que, en el mejor de los casos, se ha logrado una tercera parte de la epistemología garantista para el sistema penal mexicano. Las definiciones y, por tanto, las decisiones respecto de las variables que conciernen a los

delitos y a las penas han quedado como lo estaban desde décadas atrás: correspondidas con las variables represivas de la influencia de la defensa social y en congruencia con aquellos modelos mixtos de naturaleza inquisitiva que, también por décadas, estuvieron vigentes en los diferentes órdenes de competencia del sistema penal en México.

Así, la ley sustantiva penal en México prevé muchos tipos penales que son reflejo de que la principal política de atención a los problemas sociales es principalmente punitiva³¹ —como la tipificación del aborto en la mayoría de los códigos penales, o el consumo de estupefacientes, etc.—, evidencia clara del arraigo de la ley sustantiva penal a la ideología de la defensa social de influencia positivista.

Previsiones de penas muy elevadas, pocas posibilidades de ejercer acción penal privada o de ejercer mecanismos de composición, además de figuras excesivamente restrictivas de la libertad y de los derechos humanos de las personas como el arraigo, son muestra de la correspondencia de que el modelo sustantivo penal en México está muy lejos de corresponderse no solo con la epistemología garantista —como se presume se pretendió con la reforma 2008—, sino también con los anhelos de un sistema de justicia penal democrática.

La incongruencia entre los modelos sustantivos y el modelo procesal penal unificado —merced al CNPP, vigente a partir del 2013— es latente en un despliegue punitivo desarticulado y poco eficaz. La crisis de la justicia penal, sin duda, es determinada —entre otras— por esta causa.

La unificación de la ley sustantiva penal podría ser un mecanismo unificador de criterios —como lo ha sido el CNPP—, ya que la organización federada en México reserva soberanía legislativa para las entidades federativas que integran la República mexicana. Determinar, sin embargo, las definiciones y el contenido en torno al delito y a la pena, con variables garantistas, será un reto mayor en un país en el que la

³¹ Para Roberto Bergalli *et al.*, el sistema penal no es la única ni la mejor manera de prevenir el delito: "... las intervenciones sociales asumen un papel decisivo cuando se pretende que el sistema penal pueda responder a las exigencias de una sociedad democrática, plural y participativa, para asegurar los derechos de los ciudadanos, tanto de los infractores del ordenamiento jurídico penal como de quienes resultan víctimas de delitos o perjudicados con las consecuencias sociales que no puede paliar el sistema penal". *Sistema penal e intervenciones sociales. Algunas experiencias en Europa*. Editorial Hacer, 1993, p. 12.

³⁰ *Ibid.*, p. 353 y ss.

cultura e ideología punitiva tiene un marcado arraigo inquisitivo.

6. La crisis del sistema de justicia penal. A manera de conclusión

La segunda mitad del siglo xx se caracterizó por la reacción crítica al dominio positivista tanto en el discurso criminológico como en el despliegue de las políticas públicas de la criminalidad que, durante más de un siglo, habían dominado el quehacer punitivo en los sistemas penales de occidente, principalmente en el ámbito latino de Europa y en Latinoamérica. Los estudios criminológicos desvelaron una realidad que contrastaba con los discursos jurídicos penales que, por décadas, habían legitimado las prácticas punitivas represivas que caracterizaron a estos sistemas penales.

Si bien desde el discurso criminológico se habló de esta crisis y se dio forma a una corriente crítica que hoy se reconoce como criminología de la reacción³² —también como criminología crítica—, lo cierto es que de manera generalizada se habló, desde entonces y hasta la fecha, en el ámbito académico, sí, pero también desde otros ámbitos y espacios sociales, especializados o no. Se reaccionó a los discursos jurídico-penales y a los criminológicos que nada tenían que ver con las latentes y lacerantes realidades de un despliegue punitivo exacerbado mediante políticas públicas de la criminalidad irrespetuosas de la dignidad humana. Es este un discurso que, desde el ámbito descriptivo de la norma —jurídico-penal—, nada tiene que ver la forma en que se presupone operan con la actuación real de los sistemas penales. En palabras de Zaffaroni:

la programación normativa se basa en una realidad que no existe y el conjunto de agencias que debiera llevar a cabo esa programación opera en forma completamente diferente [...] nos hallamos frente a un discurso que se desarma al más leve roce con la realidad.³³

³² Alessandro Barata considera a la criminología de la reacción como una dirección de investigación que "... parte de considerar que es imposible comprender la criminalidad sino se estudia la acción del sistema penal que la define y que reacciona contra ella, comenzando por las normas abstractas hasta llegar a la acción de las instancias oficiales (policía, jueces, instituciones penitenciarias que la aplican)". *Op. cit.*, p. 84.

³³ Eugenio Raúl Zaffaroni. *En busca de las penas perdidas*, 2ª. edición, EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 1998, p. 16. Para el

El saber criminológico, por su parte, bajo el amparo de su argumento "científico" y de saber empírico, se había ensañado con aquellos seres humanos que calificó de inferiores, seres a los que las políticas públicas de la criminalidad no debían considerar en el respeto de sus derechos ni de su dignidad.

La criminología positivista —que dominó las definiciones y las razones del despliegue punitivo durante más de un siglo, y de alguna manera aun lo hace—, paradójicamente, llegó a deducciones mediante el análisis empírico, en otro latente y claro error de método. La realidad no es inmutable —absoluta— como de manera equívoca lo consideró el positivismo bajo el dogma de la causalidad;³⁴ error que, llevado a las definiciones criminológicas, primero, y al despliegue de las políticas públicas de la criminalidad, después, caracterizarían a los sistemas de justicia penal como fuentes interminables de discriminación, como ha sucedido en México y en buena medida —según se ha afirmado— aún se hace.

Algunos autores, como Luigi Ferrajoli³⁵ y Eugenio Raúl Zaffaroni,³⁶ se refieren a la crisis de los sistemas penales occidentales —Ferrajoli con especial énfasis en el italiano, y Zaffaroni habla de los latinoamericanos— como una crisis de legitimación, distinguiendo legitimidad de legalidad, bajo el presupuesto de que las previsiones normativas contrastan severamente con la realidad. Esto no había sucedido por décadas,

autor, la verificación de esta contradicción en América Latina no demanda más que una observación muy superficial, a diferencia de algunos países centrales en los que esta verificación requiere demostraciones más o menos finas.

³⁴ Uno de los muchos puntos débiles del positivismo, siguiendo a Bustos Ramírez, "... el planteamiento particular del dogma de la causalidad, como el general de la invariabilidad de las leyes naturales, estaba basado en la idea de un objeto absoluto; es decir, toda la cosmogonía planteada por el positivismo resultaba ser nuevamente una 'metafísica' -tan denigrada por él- justamente porque se partía de un absoluto y con ello necesariamente de dogmas -aserciones indiscutibles-, con lo cual había una contradicción manifiesta con la pretensión de un quehacer científico". *El pensamiento criminológico I. Un análisis crítico*, Temis, Bogotá, Colombia, 1983, p. 34.

³⁵ *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 21. Para el autor, la crisis de los actuales sistemas penales es respecto de sus fundamentos filosóficos, políticos y jurídicos. Afirma que a pesar de que estos sistemas penales fueron diseñados con el nacimiento del Estado moderno —Estado de derecho—, con una compleja serie de vínculos y garantías establecidas para la tutela del ciudadano frente al arbitrio punitivo, estos vínculos son ampliamente violados por las leyes ordinarias y todavía más por las prácticas antiliberales que las mismas alimentan; todo ello a pesar de haber sido incorporados a todas las constituciones avanzadas.

³⁶ *En busca de las penas perdidas*, *op. cit.*, p. 77 y ss. Para Zaffaroni se trata de una crisis de legitimidad.

Estudio comparativo de la función policial

pero no por el hecho de que hubiera tal correspondencia y las previsiones normativas se materializaran tal cual fueron presupuestadas, sino por que los discursos legitimantes habían encontrado asidero en una sociedad poco crítica, sí, pero también anclada en una cultura represiva de profundo arraigo.

Las teorías criminológicas hasta entonces habrían hecho bien su trabajo, no tanto al explicar las causas de la criminalidad, sino al legitimar la reacción punitiva con base en aquellas razones causales. Así, las teorías criminológicas se convirtieron en una colección de razones legitimantes de políticas de la criminalidad sin sentido, carentes de racionalidad, en manifiesta y progresiva “perdida de las penas, de dolor sin sentido”.³⁷

La crisis de los sistemas penales viene de la mano de la crisis misma de la teoría social de la segunda mitad del siglo xx, apolítica, acrítica y descriptivista, por su metodología descriptivo-positivista.³⁸ Aquella sociología que paradójicamente se había sustentado en dogmas, en verdades absolutas e irrefutables, motivó que el derecho, en tanto instrumento y fórmula para la integración social, siguiera la misma suerte y fundamentara sus principios en verdades y valores a los que consideró universalmente válidos e irrefutables. Todo esto sirvió “eficazmente” para mantener la cohesión social —desde el derecho— en sociedades homogéneas y de poca movilidad, como las de los siglos xix y xx, integradas bajo definiciones mayoritariamente aceptadas respecto de lo que es justo y lo que no, lo que está bien y lo que está mal;³⁹ sociedades que ya no existen más o que cada vez existen menos.

³⁷ *Ibid.*, p. 16.

³⁸ Siguiendo a María José Fariñas Dulce, refiriéndose a la crisis de la sociología del derecho, para entonces y hasta los años setentas, anclada en una dimensión epistemológica, metodológica, histórica, teórica y sistemática, en detrimento de la perspectiva empírica. Lo mismo sucedió con la criminología positivista respecto de la cual se reaccionaba. *Sociología del derecho versus análisis sociológico del derecho*. <http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/sociologa-del-derecho-versus-analisis-sociologico-del-derecho> (Fecha de consulta, julio 19, 2019).

³⁹ A este paradigma social, Massimo Pavarini lo identifica como *sociedad consensual*: la sociedad se presenta “... como una estructura relativamente estable y bien integrada, y cuyo funcionamiento se funda sobre el consenso de la mayoría en torno a algunos valores generales. Particularmente en lo que se refiere a las relaciones entre individuo y autoridad y por tanto entre ley y sociedad...”. *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, octava edición en español, Siglo xxi editores, México, 2003, p. 95.

En efecto, las aceleradas transformaciones sociales de la segunda mitad del siglo xx, motivadas —principalmente— por el avance tecnológico y el desarrollo de los medios de comunicación, recrudecerían la crisis de legitimidad del derecho mismo. La composición ahora pluricultural de sociedades tan diversas como las actuales exigiría del derecho nuevas fórmulas para cubrir las ahora diferentes necesidades de integración social; las anteriores, que resultaban idóneas para el control social, para el ejercicio exacerbado del poder público, ahora serían poco operables en sociedades mucho más críticas e inestables. Por ello, la crisis de los sistemas de justicia penal responde a la crisis misma de las ciencias sociales y, por ende, del derecho y del derecho penal. Este último, que habría sido el instrumento idóneo para reprimir la disidencia, al diferente, al otro, para mantener un Estado fuerte, seguro de sí, pero de inseguridad para las personas,⁴⁰ ahora se mostraría incapaz de entender y atender las realidades cambiantes de sociedades cada vez más complejas, sobre todo de alta conflictividad social y poco desarrollo, como las latinoamericanas.

La nueva criminología partiría de la descripción de la operatividad real de los sistemas penales; la crítica no solo fue eso, no solo significó evidenciar la contradicción entre los discursos jurídico-penales y político-criminales y las realidades de la programación normativa basada en una realidad que no existe y el conjunto de agencias que deberían llevar a cabo esa programación, pero que operan de forma completamente diferente. La criminología de la reacción también sentó las bases de un quehacer criminológico adecuado a las nuevas inercias de la teoría social, evaluador de las realidades tanto del delito como de su reacción, consciente y crítico de que el poder punitivo controla y lesiona, pero también mantiene a los gobiernos totalitarios aún disfrazados de democráticos.

Esta crisis es más que latente para el sistema de justicia penal mexicano, que se muestra incapaz de paliar los problemas de una sociedad mexicana como la actual, de complejidad mayúscula y de apremiantes problemas de desarrollo y, por ende, de inseguridad. El sistema de justicia penal en México no se ha terminado de definir en sus políticas públicas de la criminalidad, olvidando sus fundamentos básicos; hace convivir a variables epistémicas incompatibles entre sí por no definir si garantizar derechos en definitiva o

⁴⁰ Ver nota 5.

garantizar su propia seguridad mediante el control de tintes absolutistas, so pretexto de la alta conflictividad social y lacerante inseguridad; no define si garantizar en definitiva los derechos de las víctimas —del delito y de violaciones a los derechos humanos—, como lo prevé la Ley General de Víctimas, o reprimir prioritariamente lo que define es criminalidad —en sus términos y condiciones— en detrimento, como siempre, de las personas en condición más vulnerable con las que se ensaña y discrimina. Una justicia penal plagada de mixturas de la que no es posible afirmar ni calificar de acusatoria y mucho menos de garantista, a pesar de las reformas aludidas.

El sistema de justicia penal debe revisar los fundamentos de las políticas públicas de la criminalidad, definir y decantarse por un modelo coherente de atención al delito y de reacción punitiva, abrir la puerta a las alternativas no punitivas para la resolución de problemas sociales y dejar de apostar únicamente a su criminalización.

Se debe considerar que así como el modelo garantista, en cuanto postura teórica, es un sistema articulado de variables, el propio sistema de justicia penal también lo es; luego, si la pretensión de la reforma penal fue principalmente de ideología garantista, es deseable que el sistema garantista impacte en todos los ámbitos y variables del sistema penal, para que la coordinación entre los operadores de un mismo poder o función y la articulación con los de otros poderes arrojen mejores expectativas de solución a tan apremiantes problemas de paz y seguridad.

La progresividad en la justicia penal es evidente, pero también ha dado muestras de regresiones que afectan su consolidación democrática. Las reformas de las últimas décadas han significado un avance considerable hacia aquella consolidación, pero se requiere complementarlas y generar las condiciones para la consolidación de una justicia tal. En este sentido, resulta indispensable lograr la debida coordinación y articulación de los actores involucrados en el sistema de justicia penal, para que opere como tal. Este es un reto bastante complicado si se reconoce que los actores de órdenes de gobierno y poderes diferentes, que deben funcionar como un todo armónico y congruente, no han logrado ni coordinarse ni articularse como es deseable y, por ende, el sistema penal no puede funcionar como como debiera.

Es necesario fortalecer las instituciones que integran el sistema penal para que su función se fortalezca, pero también al sistema en cuanto tal. Jueces obedientes a la ley e inamovibles salvo los presupuestos en que así proceda, pero nunca sujetos a la arbitrariedad de sus superiores ni a los cambios ni inercias políticas ni administrativas. Y qué decir de las instancias policiales. Habrá que consolidar el servicio civil de carrera y fortalecer los procesos de selección no manipulables a capricho de quienes los implementan. De ahí la importancia del fortalecimiento de la autonomía e independencia de las instituciones.

Las políticas públicas que deben ser progresivas, deben plantear acciones de largo aliento. Ningún proceso se logra transformar de la noche a la mañana, pero será mucho más eficaz si se trazan rutas claras, por etapas y sobre todo transexenales. Habrá que evaluar —y no solo informar— sobre el funcionamiento de las instituciones y la eficacia de su operatividad en relación con el sistema penal en su conjunto; ello permitirá ajustar las proyecciones, fortalecer las políticas efectivas y corregir las ineficaces.

Ajustar la ley sustantiva penal a las variables garantistas para hacerlas congruentes con las procesales es un pendiente impostergable. No es viable que la teleología del garantismo penal se alcance si solo se reforma una tercera parte de su cosmogonía. Los pendientes, por tanto, aún son muchos en la expectativa del total cambio de paradigma para una justicia penal respetuosa de los derechos de las personas a las que alcanza.

7. Fuentes de información

Bibliográficas

- Agamben, Giorgio, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, 3ª reimpression, Pre-Textos, Valencia, España, 2010.
- Barata, Alessandri, *Criminología crítica y crítica al derecho penal*, 4ª edición en español, Siglo XXI editores, México 1993.
- Bergalli, Roberto, *Control social punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación (Policía, Jurisdicción y Cárcel)*, Editorial María Jesús Bosch, S.L., Barcelona, 1996.

Estudio comparativo de la función policial

- Bergalli, Roberto, *et al.*, *Sistema penal e intervenciones sociales. Algunas experiencias en Europa*, Editorial Hacer, 1993.
- Bonesana, César, Marqués de Beccaria, *De los delitos y de las penas*, edición del Fondo de Cultura Económica, tomado de la traducción de Juan Antonio de las Casas de 1774, México, 2000.
- Bustos Ramírez, Juan, *et al.*, *El pensamiento criminológico I. Un análisis crítico*, Temis, Bogotá, Colombia, 1983.
- Bustos Ramírez, Juan, *et al.*, *El pensamiento criminológico II. Estado y control*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1983.
- Christie, Nils, *Una sensata cantidad de delito*, 1ª reimpresión de la edición en castellano, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008.
- Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, Editorial Porrúa, México 1989.
- Fariñas Dulce, María José, *Sociología del derecho versus análisis sociológico del derecho*, <http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/sociologia-del-derecho-versus-analisis-sociologico-del-derecho> (Fecha de consulta, julio 19, 2019).
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho penal mínimo*, trad. de Roberto Bergalli, con la colaboración de Héctor C. Silveira y José L. Domínguez, en varios autores, *Prevención y teoría de la pena*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1995.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 3ª edición en español, Trotta, Madrid, 1998.
- Ferrajoli, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, 2ª edición, Editorial Trotta, Madrid, 2009.
- Ibáñez, Perfecto Andrés, *Justicia penal, derechos y garantías*, Bogotá, Editorial Palestra y Temis, 2007.
- Mancilla Castro, Roberto Gustavo, “El principio de progresividad en el ordenamiento constitucional mexicano”. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 41, publicado en la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/6098/8039> (Fecha de consulta 05 de abril de 2019).
- Martínez-Bastida, Eduardo, *Derecho penal del enemigo*, Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. de C.V., México, 2013.
- Pavarini, Massimo, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, 8ª edición en español, Siglo XXI editores, México, 2003.
- Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica*, publicado en la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/7.pdf> (Fecha de consulta 03 de abril de 2019).
- Zañich, Damián y Sagarduy, Ramiro, “La criminología crítica y la construcción del delito: entre la dispersión epistemológica y los compromisos políticos”, en *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, edición de la Cátedra “Delito y sociedad: sociología del sistema penal” de la carrera de Sociología de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, año 1, número 2, segundo semestre de 1992, Buenos Aires.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, Editores Coyoacán, México, 2007.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas*, 2ª Edición, EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 1998.
- Zamora Grant, José, *Justicia penal y derechos fundamentales*, editado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2012.

Documentos consultados

- Encuesta Nacional sobre victimización y percepción sobre la seguridad pública* (ENVIPE 2017), del INEGI, <https://www.inegi.org.mx/programas/envipe/2018/> (Fecha de consulta, julio 5, 2019).
- Estudio para elaborar una propuesta de política pública en materia de justicia transicional en México*. CIDE / CNDH, 2018, [HTTP://WWW.CNDH.ORG.MX/SITES/ALL/DOC/INFORMES/ESPECIALES/ESTUDIO_JUSTICIA_TRANSICIONAL_MEXICO.PDF](http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/INFORMES/ESPECIALES/ESTUDIO_JUSTICIA_TRANSICIONAL_MEXICO.PDF) (Fecha de consulta, mayo 22, 2019).
- Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia. Guía de Consulta*. Documento editado por el Gobierno federal, <https://docplayer.es/17440602-Reforma-constitucional-de-seguridad-y-justicia.html> (Fecha de consulta 02 de julio, 2019).



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal



· INACIPE ·
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES