

REFLEXIONES EN TORNO A LA REFORMA PENAL CONSTITUCIONAL EN MÉXICO

Rafael SÁNCHEZ VÁZQUEZ
Guillermo NARES RODRÍGUEZ
Francisco Javier GORJÓN
Karla VILLARREAL SOTELO
Miriam Olga PONCE GÓMEZ
Higinio PÉREZ PÉREZ*

La transparencia e imparcialidad en las decisiones de quienes procuran e imparten justicia permitirán la creación de escenarios que fortalezcan el desarrollo del Estado de Derecho Democrático. Consecuentemente, la justicia deja de ser considerada como una mítica aspiración de buenos propósitos y se transforma en una realización plena de los valores y fines que fortalecen la solidaridad humana, con su impronta presencia por el respeto y la defensa de la dignidad de los derechos fundamentales del ser humano y de la humanidad.

Rafael SÁNCHEZ VÁZQUEZ**

* Rafael Sánchez Vázquez, investigador del Sistema Nacional de Investigadores, responsable del Instituto de Investigaciones Jurídico-Políticas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la BUAP, además del Cuerpo Académico “Estudios Jurídicos Contemporáneos”; Guillermo Nares Rodríguez, director de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la BUAP, investigador del Sistema Nacional de Investigadores, e integrante del Cuerpo Académico “Estudios jurídicos contemporáneos”; Francisco Javier Gorjón, doctor en derecho, investigador del Sistema Nacional de Investigadores y líder del CA de Derecho Comparado de UANL; Karla Villarreal Sotelo, maestra en criminología y candidata a doctora por la Universidad Pablo de Olavide, líder del CA de Criminología de la Universidad Autónoma de Tamaulipas; Miriam Olga Ponce Gómez, doctora en derecho; Higinio Pérez Pérez, maestro en derecho, integrantes del Cuerpo Académico “Estudios Jurídicos Contemporáneos” de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la BUAP. Los coautores del presente artículo somos integrantes de la Red Nacional de Impartición de Justicia.

** Sánchez Vázquez, Rafael, *Metodología de la ciencia del derecho*, 8a. ed., México, Porrúa, 2009, p. 314.

SUMARIO: I. *Presentación*. II. *¿Qué entendemos por sistema penal acusatorio?* III. *Datos estadísticos acerca de la procuración e impartición de justicia penal en México*. IV. *Algunas consideraciones sobre el garantismo en el sistema procesal penal*. V. *Principios generales del sistema penal acusatorio adversarial oral*. VI. *Reflexiones finales*.

I. PRESENTACIÓN

Con entusiasmo y alegría participo en el Congreso Internacional “El constitucionalismo a dos siglos de su nacimiento en América Latina”, ante la presencia de una pléyade de juristas destacados de Iberoamérica; entre otros, me permito mencionar, en primer lugar, a don Héctor Fix-Zamudio, quien se distingue por su honestidad intelectual y moral; también subrayo la presencia del doctor Jorge Carpizo, Investigador Nacional Emérito, quien gracias a su apoyo magnífico se logró la realización de este Congreso Internacional. Igualmente, expresar nuestro agradecimiento al doctor Héctor Fix-Fierro, quien generosamente ha apoyado esta actividad académica de excelencia. Además, cabe resaltar la presencia del doctor José María Serna de la Garza, así como también destacamos la presencia de los distinguidos juristas mexicanos doctor Diego Valadés, miembro de el Colegio Nacional; doctor Sergio García Ramírez, distinguido investigador nacional emérito; el doctor Carlos Natarén y del doctor Cesar Astudillo Reyes.

En atención a que la presente ponencia es colectiva, agradezco a mis colegas que conforman la Red Nacional de Impartición de Justicia, y que me han permitido el privilegio de representarlos, y de esta manera expresar algunas reflexiones en torno a la reforma penal constitucional del 18 de junio de 2008.

Tuvimos la oportunidad de escuchar al profesor Luigi Ferrajoli, quien es el autor de la magna obra *Derecho y razón*, a quien se le identifica como uno de los juristas contemporáneos más representativos sobre la perspectiva teórico-metodológica del garantismo, así como también escuchamos al doctor Miguel Carbonell, quien expresó algunas reflexiones en torno a esta reforma penal constitucional.

Por otra parte, al exponer el doctor Sergio García Ramírez hizo alusión a uno de nuestros juristas más grandes del siglo XIX, Mariano Otero, ¿cómo no recordar ese trabajo pluridisciplinario que intituló *Ensayos jurídico políticos económicos de México*, que fue publicado por Ignacio Cumplido en 1842, en donde dicho jurista jalisciense hace referencia que no se puede hablar de la justicia, ni de la procuración e impartición de ésta si no se tiene lo

necesario para vivir modestamente? en este orden de ideas, cabe resaltar la investigación intitulada “Moral pública y libertad de expresión”,¹ realizada por el jurista Jorge Carpizo, quien considera que “la impunidad, la corrupción, las mentiras, la ineficacia, la ineficiencia”, éstos son unos verdaderos males que tenemos que solucionar, y por lo tanto se requiere voluntad de cambio. A este respecto, consideramos que para lograr dicha transformación es necesario sembrar y fortalecer en la actividad educativa valores solidarios que aminoren a las expresiones egoístas, ambiciosas y mezquinas que obstaculizan a la justicia social.

Ahora bien, México surge como un Estado independiente con grandes problemas económicos, sociales, políticos y culturales. Además, somos un pueblo heterogéneo, y que a través de un movimiento armado, el de 1910, se logra una Constitución paradigmática, y me refiero a la de 1917, la cual establece las garantías sociales: el derecho a la educación; el derecho al trabajo; el derecho a la propiedad social; el derecho a la vivienda, etcétera. Así pues, con dicha Constitución nos adelantamos a la Constitución de Weimar de 1919 y a la Constitución bolchevique de 1918; sin embargo, ¿qué ha pasado con el constitucionalismo social mexicano?, toda vez que actualmente vivimos con grandes asimetrías tanto en la distribución del ingreso como de la riqueza, acompañados de escenarios convulsionados por el narcotráfico y el crimen organizado. Dicha situación nos preocupa a todos los que estamos aquí presentes.

Por otra parte, cabe resaltar que a finales de la década de los noventa (1999), don Héctor Fix-Zamudio, profesor-investigador emérito del Sistema Nacional de Investigadores, expresó con motivo de la fragilidad del reconocimiento de los derechos sociales, entre otras cosas, lo siguiente: el Estado social en el aspecto económico se contrapone con la tendencia neoliberal en boga, pues este se inspira en la influencia de más leyes del mercado y de la competencia; por otra parte, está a revisión en la política y el derecho, en las que se habla de crisis del Estado social, ya que se transita del Estado de bienestar al Estado de malestar, que el Estado para ser eficiente debe ser modesto, y que debe luchar contra el Estado megalómano.²

Con relación al tema central del presente artículo, cabe resaltar que la reforma constitucional penal del 18 de junio del 2008, realmente es un parteaguas para la cultura y el conocimiento jurídico de los mexicanos, toda vez que se reforman 10 artículos constitucionales, y son, a saber: 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 73 con sus fracciones XXI y XXIII, el artículo 115, fracción

¹ Carpizo, Jorge, *Moral pública y libertad de expresión*, México, Jus, 2009, pp. 11, 23 y ss.

² Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa, 1999, pp. 534 y 535.

séptima, y el artículo 123 constitucional, apartado B, en su fracción decima, tercera.

En atención a dicha reforma, retomamos una de las reflexiones que ya ha mencionado el doctor Sergio García Ramírez respecto a la reforma constitucional penal, y que a la letra dice:

La reforma en marcha contiene avances y retrocesos, aciertos y errores, todos ellos muy notables. No es posible —sería injusto y temerario— emitir un juicio uniforme sobre este movimiento normativo, de condición heterogénea. Perteneció a la categoría de las “reformas ambiguas”, si se me permite la expresión, que al lado de notables pasos adelante ofrece desaciertos y soluciones peligrosas. Estas militan contra el orden penal democrático y ponen en predicamento derechos y garantías de los ciudadanos. Por eso, he comparado la reforma con un vaso de agua fresca, cristalina, que invita a saciar la sed, en el que alguien hubiese dejado caer, sin embargo, unas gotas de veneno. Ya se verá el efecto general que ésta inquietante mezcla produce en la fisiología de la Nación.³

Lo antes citado es preocupante, por todo lo que nos está ocurriendo, y es lo referente, por un lado, a la defensa y fortalecimiento de las instituciones que caracterizan al Estado de derecho democrático, y por el otro, lo referente a la justicia social. Actualmente estamos viviendo en nuestro país escenarios terroríficos con motivo de la llamada “guerra contra el crimen organizado”, en donde se ha dado énfasis a combatir a los narcotraficantes. Incuestionablemente que hoy en día a todos nos aqueja dicha situación.

Por lo que concierne a la referida reforma constitucional penal, cabe resaltar que esta persigue erradicar el excesivo formalismo y tortuguismo que acompaña al sistema penal inquisitivo mixto, a través del sistema penal acusatorio adversarial vía los juicios orales. Sin embargo, cabe preguntar de manera crítica y autocrítica lo subsecuente: ¿estamos preparados para sacar adelante esta reforma penal constitucional, cuando en las aulas, lamentablemente, en la gran mayoría de las instituciones que ofertan los estudios de derecho, en nuestro país permea la docencia tradicional, que se caracteriza por ser pasiva, receptiva, acrítica, memorística, etcétera? He ahí uno de los puntos de inconsistencia que obstaculizan el desarrollo y fortalecimiento de la reforma constitucional penal, que establece el sistema penal acusatorio adversarial vía los juicios orales.

Por otra parte, cabe resaltar que hemos realizado a través de la Red Académica de Impartición de Justicia, una investigación de campo para el

³ García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008). ¿Democracia o autoritarismo?*, México, Porrúa, 2008, p. 537.

efecto de lograr una investigación jurídica realista con la participación de 50 estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la BUAP, quienes aplicaron 17 mil cuestionarios (encuestas) en los 22 distritos judiciales que conforman al estado de Puebla, con un universo aproximado de cinco millones de habitantes, así como también en los 22 distritos judiciales del estado de Puebla se aplicaron respectivamente quinientos cuestionarios, que sirvieron como muestra para cada uno de los siguientes perfiles: para quienes procuran e imparten justicia, abogados postulantes, profesores y otro tanto igual para los estudiantes.

Ahora bien, de los resultados de las encuestas, en términos generales se desprenden las siguientes consideraciones: se identifica, por una parte, que no se tiene información acerca de esta reforma constitucional penal; empero, ¿qué significa esto?, ¿qué acaso es una reforma constitucional penal que ha salido del gabinete, sin considerar la participación de los diferentes sectores de la sociedad mexicana: ciudadanía, integrantes del Poder Judicial, abogados postulantes, profesores, estudiantes de derecho, etcétera?, o por qué no pensar que es una más de las recomendaciones del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional para el efecto de corregir los problemas de corrupción, impunidad, ineficacia de nuestro sistema penal mexicano, y el que permea en Latinoamérica, a este respecto, cabe decir que no salimos bien evaluados en México, pues se recomienda el establecimiento del sistema penal acusatorio adversarial. Toda vez que es una cuestión preocupante que tenemos que encontrarle solución.

De ahí que consideremos que dicha problemática es multifactorial, lo cual representa un problema complejo y complicado. No obstante, consideramos que la cultura y docencia jurídica requieren de una transformación, ya que es en las aulas el lugar donde se forman a los futuros abogados; sin embargo, es muy triste que en los espacios que se destinan para informar y formar a los estudiantes del derecho exista apatía o rechazo por la referida reforma constitucional penal, y muy lamentable cuando esta se realiza, se hace sin conocimiento de causa respecto a las bondades que actualmente ofrece el sistema penal acusatorio adversarial vía los juicios orales.

Actualmente, en todo lo ancho y largo de la República mexicana se ha desbordado un ambiente de intranquilidad social mostrado por el narcotráfico y el crimen organizado, lo cual desaprobamos categóricamente. No obstante genera un ambiente de frustración y de nostalgia el ver transitar a los militares por nuestras calles, a plena luz del día. Dicha vivencia es acorde a situaciones de emergencia, en donde la presencia militar es adecuada y cotidiana. Empero, no es lo deseable, cuando el Estado deja de ser interventor y se convierte en un Estado policía, vigilante; es decir, se transita de

un Estado que promueve la seguridad social por un Estado de seguridad pública.

Lo antes mencionado lo asociamos con la reflexión a que se refería el Sergio García Ramírez cuando habla acerca del vaso de agua cristalina con unas gotas de veneno, como una cuestión intimidadora, que violenta a los fines del Estado de derecho democrático sustentado en el garantismo, para pasar a un modelo cercano al derecho penal del enemigo, el cual se sustenta en un Estado vigilante y autoritario, ya que le es más fácil comprar pistolas para combatir a los del crimen organizado, que establecer políticas públicas que permitan la prevención al delito, y de esa manera fortalecer la paz social, con alternativas más racionales y humanitarias.

II. ¿QUÉ ENTENDEMOS POR SISTEMA PENAL ACUSATORIO?

Existe una apreciación generalizada acerca de que el sistema penal acusatorio aparece en la época de la República romana. Empero, en atención a otras fuentes, se considera Sanhedrin de la cultura jurídica hebrea como el antecedente más lejano del sistema penal acusatorio.⁴

Al paso de los años, encontramos que tanto en Grecia como en la Roma republicana, el proceso penal tiene una estructura esencialmente acusatoria, a causa del carácter predominantemente privado de la acusación y de la consiguiente naturaleza arbitral tanto del juez como del juicio. Si, en efecto,

⁴ *La cultura hebrea*, citada por Sánchez Vázquez, Rafael, *Evolución histórica del derecho y la educación en la antigüedad*, Puebla, Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla-Instituto de Investigaciones Jurídicas Políticas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2007, pp. 276-280.

El Gran Sanhedrin funcionaba en un estrado semicircular, lo que permitía que cada uno de sus miembros pudiera observar a cada uno de sus colegas y mirar directamente al acusado, al acusador y a los testigos, lo que constituía la mejor oportunidad para examinar en detalle sus respectivos rostros mientras hacían sus declaraciones. Este detalle puede ser considerado como la etapa inicial de lo que se conoce en la actualidad como psicología judicial (Álvarez Román, Jesús Antonio, *El derecho en las culturas orientales. Babilonia, Israel, el mundo árabe islámico*, México, Jus, 1983, p. 48).

Los jueces debían examinar a los testigos mediante una detallada interrogación y contra-interrogación. Una serie de preguntas se referían al momento exacto (fecha del mes, día de la semana, hora del día, etcétera) y al lugar (dentro de la parte urbana o en despoblado) en que el presunto crimen fue cometido; al tipo de arma utilizada y si les constaba que la víctima era un israelita. Una vez que estas preguntas se consideraban satisfactoriamente contestadas, los jueces formulaban otras relacionadas con la identificación de la víctima y del acusado, así como con las circunstancias particulares que pudieron rodear la comisión del delito. (Drapkin S., Israel, "La administración de justicia en el antiguo derecho hebreo", *Criminalia. 50 años. Academia Mexicana de Ciencias Penales*, México, año L, núms. 7-12, julio-diciembre de 1984, p. 140).

el paso de la venganza de sangre al derecho penal se realiza con la atribución de las funciones de enjuiciamiento y sancionadoras a un órgano imparcial y muy pronto público, la titularidad de la acusación permanece largo tiempo en manos de la parte ofendida o de su grupo familiar, para en una época posterior, transferirse a la sociedad y, por su cauce a cada ciudadano particular. Es precisamente de esta naturaleza privada o polar —y en cualquier caso voluntaria— de la acción penal de donde derivan en el proceso romano ordinario los caracteres clásicos del sistema acusatorio; es decir, la discrecionalidad de la acción, la carga acusatoria de la prueba, la naturaleza del proceso como controversia basada en la igualdad de las partes, la atribución a estas de toda la actividad probatoria y hasta de la disponibilidad de las pruebas, la publicidad y oralidad del juicio, el papel de árbitro y espectador reservado al juez, tanto más dado su carácter popular. Así pues, el proceso se vuelve acusatorio, confundiendo en las primeras jurisdicciones bárbaras con los ritos de las ordalías y los duelos judiciales, evolucionando después en la forma de la *disputatio* y del contradictorio, elaborados entre el fin del primer milenio y el siglo XII, se desarrolla y consolida en Inglaterra y en el mundo anglosajón en las formas del *adversary system*.⁵

La batalla cultural y política contra la irracionalidad y la arbitrariedad del proceso inquisitivo forma parte de alguno de los motivos que animaron a la Ilustración reformadora. De Thomasius a Montesquieu, de Beccaria a Voltaire, de Verri a Filangieri y Pagano, todo el pensamiento ilustrado fue concorde al denunciar la inhumanidad de la tortura y el carácter despótico de la Inquisición, así como en el redescubrimiento del valor garantista de la tradición acusatoria, recibida en el ordenamiento inglés del antiguo proceso romano. Fue por ello natural que la Revolución francesa adoptara —en la fase inmediatamente posterior a 1789— el sistema acusatorio, basado en

⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, prólogo de Norberto Bobbio, 1995, 4a. ed., trad. al castellano por Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, Trotta, 2000, p. 564.

Nota: no por casualidad, las primeras formas de proceso inquisitivo se desarrollaron en la Roma imperial con las causas de oficio por los *delicta publica*, comenzando por los *crimina laesae maiestatis* de subversión y conjura, en los que se considera ofendido un directo interés del príncipe, y la parte perjudicada se identifica con el Estado. Una vez venido a menos el sentimiento cívico y el hábito de libertad que en la república habían hecho posible el funcionamiento de la iniciativa acusatoria por parte de cualquier ciudadano, «la acusación pública fue sustituida por la fatal denuncia» y por la «oculta calumnia», que se convirtieron en un «instrumento de la tiranía». Nació así con la *cognitio extra ordinem*, el proceso inquisitivo, tramitado y decidido *ex officio*, en secreto y sobre documentos escritos, por magistrados estatales delegados del príncipe (*los irenarchi, los curiosi, los nunciatores, los stationarii*), basado en la detención del acusado y su utilización como fuente de prueba, muy pronto acompañada de la tortura (Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, pp. 564 y 565).

la acción popular, el jurado, el juicio contradictorio, la publicidad y oralidad del juicio y la libre convicción del juez. Pero la experiencia acusatoria no duró en el continente europeo más que los años de la Revolución. Ya el código termidoriano de 1795 y después el napoleónico de 1808 dieron vida a aquel «monstruo, nacido de la unión del proceso acusatorio con el inquisitivo», que fue el llamado «proceso mixto», predominantemente inquisitivo en la primera fase, escrita, secreta, dominada por la acusación pública y exenta de la participación del imputado, privado de libertad durante la misma; tendencialmente acusatorio en la fase sucesiva del enjuiciamiento, caracterizada por el juicio contradictorio, oral y público, con intervención de la acusación y la defensa, pero destinado a convertirse en mera repetición o escenificación de la primera fase.⁶

El modelo napoleónico del proceso mixto se difundió durante el siglo pasado en toda Europa, echando sólidas raíces sobre todo en Italia. Impuesto al reino de Italia contra el proyecto de codificación elaborado por Romagnosi en 1806, fue recogido por el código borbónico de 1819, el de Parma de 1820, el pontificio de 1831, el toscano de 1838 y los piemonteses de 1847 y 1859; y se conservó ininterrumpidamente, con variaciones solo marginales en el código italiano de 1865, en el de 1913 y, finalmente en el Código Rocco de 1930.⁷

Por otra parte, cabe resaltar que en México el sistema penal inquisitorio mixto es sustituido por el sistema penal acusatorio adversarial mediante los juicios orales hasta la llegada de la reforma constitucional penal del 18 de junio de 2008, y se da un plazo de ocho años para que su observancia sea general en toda la República mexicana.

Incuestionablemente que existe un nexo importante entre el sistema penal acusatorio y el modelo garantista. En cambio, es característica significativa para el sistema inquisitorial su vinculación con el modelo autoritario y de eficacia represiva.

Ahora bien, me parece que la dicotomía «acusatorio/inquisitivo» es útil para designar una doble alternativa: ante todo, la que se da entre dos modelos opuestos de organización judicial. Precisamente, se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes, y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción. A la inversa, llamaré inquisitivo a todo

⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría...*, cit., p. 566.

⁷ *Ibidem*, pp. 566 y 567.

sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de la defensa.⁸

Por su parte, Olga Islas González de Mariscal, coautora del modelo lógico del tipo penal, considera que la acusación produce un cambio de estado en una segunda persona, el sujeto al cual se atribuye la comisión de un delito. Este sujeto antes de la acusación guardaba un estado de indiferencia con relación a las normas jurídicas que regulan el juicio penal; con la acusación es convertido en acusado y colocado dentro del juicio penal.

La acusación genera un cambio de estado en un tercer sujeto: el Ministerio Público. El deber en abstracto que este tiene de perseguir los delitos se transforma en el particular y concreto deber de perseguir el delito materia de la acusación.

La acusación, en un sistema democrático de justicia penal y, por tanto, en un sistema procesal rigurosamente acusatorio, desemboca en todos los casos y sin excepción alguna en el ejercicio de la acción penal. Este ejercicio da lugar a la aparición de un cuarto sujeto en el juicio penal: el juzgador, que deja de ser un órgano jurisdiccional en abstracto para convertirse en el juzgador del caso concreto en el juicio penal también concreto.⁹

La acusación, en el mismo sistema de justicia penal democrático, para que preserve la dignidad del acusado y garantice la justicia es imprescindible la presencia de un quinto sujeto: el defensor. Este sujeto es defensor frente a la específica acusación y dentro del concreto juicio penal.

La acusación desencadena una secuencia de actos divisibles en dos grandes categorías: a) actos pertenecientes (internos) al juicio penal, y b) actos no pertenecientes (externos y, por ello, meramente complementarios) al juicio penal. Los primeros son en rigor ontológicos, relaciones que van creándose en forma secuencial entre las distintas personas —las principales fueron mencionadas y que intervienen en el juicio penal—. ¹⁰

Los actos pertenecientes al juicio penal son de cuatro clases: acusación, persecución, defensa y decisión.

La persecución es desencadenada de manera inevitable por la acusación. El Ministerio Público tiene el deber (y no la mera carga) de perseguir los delitos (artículo 21 constitucional); es decir: a) el deber de buscar, me-

⁸ *Ibidem*, p. 564.

⁹ González Mariscal, Olga Islas, “Respuesta al trabajo de ingreso a la academia mexicana de ciencias penales del Dr. Jesús Zamora-Pierce”, *Criminalia*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, México, año LIV, núms. 1-12, enero-diciembre, 1988, p. 260.

¹⁰ González Mariscal, Olga Islas, “Respuesta al trabajo...”, *cit.*, p. 260.

dian­te actos ex­ter­nos al juicio, las pruebas que acrediten el hecho delictivo (antes de la reforma se le identifica como el cuerpo del delito) y la responsabilidad de la persona acusada; b) el deber de ofrecer dichas pruebas ante el juez, y c) el deber de desahogarlas ante el propio juez.

La persecución genera, también de manera inevitable, tanto la defensa como la decisión. Aquí es oportuno recordar que el juzgador tiene el deber de administrar justicia; es decir, el deber de pronunciar resoluciones justas (artículo 17 constitucional), y que, para el cumplimiento de este deber, es condición necesaria la existencia de toda la información relativa a los hechos materia de la acusación. Esta información proviene, obviamente, del órgano persecutor (Ministerio Público) y del defensor. La defensa es un derecho del acusado, consagrado expresa e implícitamente en la Constitución, en forma expresa, en el apartado B, en la fracción VIII del artículo 20, y en forma implícita en los artículos 17 y 40. Este último, al instaurar un régimen democrático, exige un juicio penal acusatorio y, en consecuencia, exige la intervención del defensor. La defensa no se sustenta en el principio de inocencia, sino en la exigencia de un juicio democrático que culmine en una sentencia justa.¹¹

Adviértase que la acusación convierte a una persona en acusada independientemente de su inocencia o culpabilidad, y que esta persona conserva la propiedad de acusada durante todo el juicio penal, y solo deja de serlo con la resolución que pone fin al juicio penal.

En el plano sustantivo, la conceptualización es diferente; a) si el sujeto no ha realizado actividad o inactividad típica alguna, conserva su estado de indiferencia frente al derecho penal y, por lo mismo, es inocente, y seguirá siéndolo aun cuando, en virtud de una acusación, sea convertido en acusado, e incluso a pesar de que la sentencia ejecutoria exprese que le fue probada plenamente la culpabilidad; b) si el sujeto realiza la actividad o inactividad típica, cambia su estado y se convierte en: ba) autor culpable, y seguirá siéndolo aun cuando la sentencia firme declare que es inocente, o bb) autor inocente, y seguirá siendo inocente a pesar de que una acusación lo convierta en acusado y luego la sentencia ejecutoria afirme que le fue probada plenamente la culpabilidad.¹²

La sentencia será justa solo cuando haya coincidencia entre lo sustantivo y lo adjetivo; esto es, cuando: a) el sujeto es autor culpable, se le prueba plenamente la culpabilidad y la sentencia lo condena; b) el sujeto es autor no culpable, se prueba la autoría, no hay pruebas de la culpabilidad y la

¹¹ *Ibidem*, p. 261.

¹² *Idem*.

sentencia lo absuelve, o c) el sujeto no es autor, no hay pruebas de la autoría y la sentencia lo absuelve.

Por eso, al analizar el texto original del artículo 16 en la Constitución de 1917, Zamora Pierce afirma que el principio fundamental del sistema establecido en este precepto consiste en que “de todas las autoridades del Estado, únicamente los jueces tienen la facultad de dictar órdenes cuyo efecto sea privar de su libertad a una persona”. Y considera que frente a esta regla general, el propio artículo 16 prevé como excepciones los casos de flagrancia y urgencia (reemplazado ahora por la detención ordenada por el Ministerio Público).

En este precepto constitucional lo que se regula es la detención preventiva, que debemos diferenciar de la prisión preventiva. En efecto, la primera ocurre durante la etapa de averiguación previa (primera y segunda fases); en tanto que la segunda opera durante la tramitación del proceso, y hasta que la sentencia causa ejecutoria.

Los requisitos que el párrafo segundo del artículo 16 establece para que pueda expedirse la orden de aprehensión son los siguientes:

Que preceda denuncia o querrela. En el texto original y en el texto reformado se exige que preceda denuncia, acusación o querrela. Aunque un sector de la doctrina ha estimado que en el texto constitucional se emplean como sinónimas las palabras “acusación o querrela”, no lo fueron históricamente. La palabra “acusación” tuvo y tiene un significado más amplio que el de la querrela.¹³

Jacinto Pallares, consideraba que “se llama acusación el ejercicio judicial de la acción que tiene alguno para pedir el castigo de un delito”; y que los acusadores eran “verdaderos actores en juicio criminal que deducen una acción penal”.¹⁴

En sentido estricto, el artículo 16 solo reconoce como medios de iniciación del procedimiento penal la denuncia y la querrela, y cualquiera de los dos es indispensable para que se pueda dictar una orden de aprehensión. Al establecer esta limitación a la denuncia y la querrela, el artículo 16 está prohibiendo en forma implícita que el procedimiento penal se inicie por algunos de los otros medios que fueron característicos del sistema inquisitorio: la delación y la pesquisa (tanto general como particular).

¹³ Ovalle Favela, José, “Comentario al artículo 16 constitucional”, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, t. III, artículos 12-23, 6a. ed., México, Porrúa, 2003, pp. 187 y 188.

¹⁴ *Idem.*

La denuncia es el acto por medio del cual cualquier persona, haya o no resentido los efectos del delito, hace del conocimiento del Ministerio Público la comisión de hechos que pueden llegar a tipificar o constituir un delito. La función del denunciante se limita a dar parte a la autoridad investigadora de la comisión de tales hechos, pero una vez presentada la denuncia, será dicha autoridad la encargada de cumplir sus funciones de averiguar y, en su caso, ejercer la acción penal.

La querrela, al igual que la denuncia, también consiste en hacer del conocimiento del Ministerio Público la comisión de hechos que pueden llegar a constituir algún delito, pero a diferencia de la denuncia, solo puede ser presentada por la persona afectada por el delito; es decir, por el ofendido (o por su representante), y debe contener la expresión de voluntad de aquel para que se sancione al o a los responsables.¹⁵ A diferencia del denunciante, el querellante conserva un poder dispositivo sobre la averiguación previa y el proceso penal, pues su perdón extingue la pretensión punitiva, con tal de que se conceda antes de que se pronuncie sentencia de segunda instancia y el inculpado no se oponga a su otorgamiento (artículo 93 del Código Penal).

La regla general es que la iniciación de la persecución de los delitos se debe hacer por medio de denuncia, de modo que solo son perseguibles por querrela aquellos delitos que de manera expresa determinen las leyes.¹⁶

A continuación, se hace mención de algunas consideraciones que explican la prisión preventiva:

Que la denuncia o la querrela se refieran a un hecho determinado que la ley señale como delito sancionado cuando menos con pena privativa de libertad. En el texto original de la Constitución de 1917 se hablaba sólo de “hecho determinado que la ley castigue con pena corporal”. En el texto reformado se precisa, por una parte, que el hecho debe ser señalado por la ley como delito (reiterando el principio de legalidad penal contenido en el artículo 14, tercer párrafo, de la Constitución), y por la otra, se sustituye la expresión “pena corporal” por la más propia de “pena privativa de libertad”. La indicación “sancionado cuando menos” con esta última pena, significa que, como lo habían previsto en el propio Congreso Constituyente y lo ha sostenido la Suprema Corte, no podrá librarse orden de aprehensión cuando la pena sea alternativa (prisión o multa) o no privativa de libertad, pues lo que procede en estos casos es dictar una orden de comparecencia.

Son dos los artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que en forma esencial hacen referencia a esta figura. El primero de ellos es el artículo 18, en el que se establece:

¹⁵ Ovalle Favela, José, “Comentario al artículo 16...”, *cit.*, p. 189.

¹⁶ *Idem.*

“Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados”.

El segundo artículo es el 19:

Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso (se deroga formal prisión), en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el hecho delictivo (cuerpo del delito) y hacer la probabilidad de comisión o participación (probable la responsabilidad) del indiciado.

Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en que se encuentra internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de vinculación (de formal prisión) o de la solicitud de prórroga, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.

No hay forma racional de justificar la prisión preventiva frente al principio absoluto que representa la presunción de inocencia. A pesar de eso, se puede proponer que la libertad del inculcado durante el proceso no se considere en la legislación como la regla general, y dejar que sean los jueces los que individualicen, en cada caso, si existe el riesgo de fuga, o bien determinar si concurre alguna otra circunstancia grave en el caso concreto que aconseje tomar determinadas medidas cautelares. Lo que no podemos aceptar es que la regla general establezca que los procesados deban necesariamente permanecer en la cárcel, imponiendo reglas generales y abstractas que impidan a los jueces conceder este beneficio, imponiendo el legislador a priori fórmulas o catálogos de delitos que impiden otorgar este beneficio.¹⁷

El Código Procesal establece que la prisión preventiva es posible siempre que concurren las siguientes circunstancias (artículos 239 a 241):

Existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o participe en él.¹⁸

¹⁷ Cárdenas Rioseco, Raúl F., *La presunción de inocencia*, México, Porrúa, 2003, p. 31.

¹⁸ *Ibidem*, p. 32.

Exista una presunción razonable, por apreciación que aquel no se someterá al procedimiento (peligro de fuga); obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización), o continuará la actividad delictiva (peligro de reincidencia).

El Código señala un plazo máximo ordinario de doce meses para la prisión preventiva, el cual puede prorrogar hasta por otro tanto el tribunal de casación penal, a solicitud de juez penal o del fiscal (artículo 253).¹⁹

Siempre que las presunciones que motivan la prisión preventiva puedan ser evitadas razonablemente con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el tribunal competente, de oficio o a solicitud del interesado, debe imponerle en su lugar en resolución motivada, algunas de las alternativas siguientes (artículo 244).²⁰

Nuestros legisladores deben reflexionar que la condición necesaria de la pena es, antes que nada, la comisión de un delito, y que no deben aplicarse medidas punitivas extra y ante *delictum*, ya que la detención ante *iudicium* entra en contradicción con el derecho fundamental de la presunción de inocencia, y debe buscarse por el Poder Legislativo, hacer de la prisión preventiva una medida excepcional, ya que esta medida supuestamente cautelar es una pena anticipada, resultando injusto castigar por un supuesto delito no declarado judicialmente.²¹

III. DATOS ESTADÍSTICOS ACERCA DE LA PROCURACIÓN E IMPARTICIÓN DE JUSTICIA PENAL EN MÉXICO

A continuación se expresan algunos datos que nos permiten esquematizar un diagnóstico aproximado de la realidad actual que se vive referente a la procuración e impartición de justicia en México.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 32 y 33.

²⁰ El arresto domiciliario, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informará —regularmente al tribunal—. La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que él designe. La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fue el tribunal. (Cárdenas Rioseco, Raúl F., *op. cit.*, p. 33). La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares. La prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa. Si se trata de agresiones a mujeres y niños o delitos sexuales, cuando la víctima conviva con el imputado, la autoridad correspondiente podrá ordenarle a éste el abandono inmediato del domicilio. La prestación de una caución adecuada. La suspensión en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito funcional (Cárdenas Rioseco, Raúl F., *op. cit.*, p. 33).

²¹ Cárdenas Rioseco, Raúl F., *La presunción...*, *cit.*, p. 34.

Todos los días son denunciados setecientos delitos en la ciudad de México.²² Esto ocurría en 1996. Actualmente consideramos que las cifras se han duplicado o triplicado, y se estima que apenas son registrados por estas cifras oficiales tres de cada diez ilícitos cometidos, por lo que se considera que ocurren aproximadamente más de tres mil hechos delictivos al día en la capital. La problemática de la seguridad pública y el sistema de justicia es compleja y multidimensional. En ella inciden e interactúan las medidas preventivas, la vigilancia policiaca, la procuración de justicia, el desempeño de los tribunales y el sistema penitenciario; es decir, personal de los centros de readaptación puede influir en la reducción en los índices de reincidencia, que facilitaría la función de la policía preventiva y la disminución de los niveles de criminalidad.

En la procuración de justicia se presentan diversas etapas y un gran número de actores, como el presunto responsable y su defensor, la víctima o sus causahabientes, el juzgador, el Ministerio Público, los peritos, testigos, la policía ministerial (es incorrecto denominarla policía judicial), funcionarios judiciales y penitenciarios.²³

Dicha problemática se hace cada vez más compleja, entre otras razones por la ineficacia e ineficiencia de los actores, por un lado, y por el otro, por la impunidad y corrupción que permea en el sistema penal mexicano. A este respecto, cabe hacer mención de las investigaciones realizadas, por una parte, por Efrén Arellano Trejo, que se intitula: *Los desafíos de la delincuencia en México (Incidencia delictiva y su impacto en la opinión pública)*, y, por la otra, por Marcelo Bergman (coordinador), *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional. Resultados de la encuesta a población en reclusión en tres entidades de la República mexicana*.

A continuación se mencionaran algunos datos que se relacionan con la incidencia delictiva y su impacto en la opinión pública, de acuerdo con la investigación realizada por Efrén Arellano Trejo, y son, a saber:

- 1) Crecimiento inusitado de la delincuencia. Desde 1991 hasta 2004 el número de denuncias captadas por las procuradurías locales han tenido un crecimiento de 85 por ciento.²⁴

²² Zepeda Lecuona, Guillermo R., “Notas para un diagnóstico de la procuración de justicia en el fuero común”, Liber ad honorem *Sergio García Ramírez*, Mexico, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. II, p. 1547.

²³ *Ibidem*, pp. 1548 y 1549, cit. por Nares Rodríguez, Guillermo, “Reflexiones en relación a la reforma penal constitucional de México (2007-2008)”, *Administración, procuración e impartición de justicia. Reforma penal constitucional en México 2008*, México, Montiel y Soriano Editores, 2009, p. 2.

²⁴ Arellano Trejo, Efrén, *Los desafíos de la delincuencia en México (incidencia delictiva y su impacto en la opinión pública)*, Mexico, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública-Cámara de Diputados, s. a., p. 1.

- 2) El número de delitos con violencia están entre los diez más altos en el mundo. Considerando los homicidios intencionales por cada 100 mil habitantes, en los años setenta se registraban entre 10 y 12; en los ochenta 22; entre 1994-1995 esta variable se ubicó entre 18 y 19. En el periodo 2000-2004, esta tasa descendió de 13.7 a 11.0.
- 3) Por cada delito denunciado existen dos o tres que no lo son. La “no denuncia” ocurre principalmente por la baja eficacia que percibe la población en el sistema de justicia y la mala evaluación que tienen los cuerpos policiacos.
- 4) La impunidad es mayor al 95 por ciento. Algunos cálculos, que incluyen delitos no denunciados, estiman que solo son remitidos a un juez dos por ciento de quienes delinquen.
- 5) La delincuencia dispersa, que obtiene bajos montos, afecta a la mayoría de la población. El asalto en vía y transporte públicos, que presumiblemente son robos con bajos montos, es el delito padecido por el mayor número de ciudadanos. A su vez, es el delito que menos se denuncia.²⁵
- 6) Más de 40 por ciento de la población justifica la justicia por propia mano. Más de la mitad de la población considera que la ley se aplica en beneficio de unos cuantos o para defender a la gente con poder. Esta situación, más los altos niveles de impunidad, explican en gran medida que cuatro de cada diez ciudadanos justifiquen la justicia por propia mano.

De acuerdo con la Encuesta Internacional sobre Criminalidad y Victimización 2004 (ENICRIV), durante el periodo que va de enero de 1999 al primer semestre de 2004, en México más de 30 millones de personas mayores de 18 años fueron víctimas de la delincuencia. Dicho en otros términos, en 47 por ciento de los hogares mexicanos por lo menos un miembro fue víctima de uno o más delitos.²⁶

Por su parte, Marcelo Bergman considera lo siguiente:

En buena medida, la impunidad se genera por la baja eficacia institucional de los cuerpos policiacos mexicanos. La mayoría de las detenciones realizadas por la policía con motivo de la comisión de un hecho delictivo son practicadas en el mismo momento de cometerse el hecho o durante las siguientes tres ho-

²⁵ Arellano Trejo, Efrén, *op. cit.*, p. 2.

²⁶ Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad (ICESI) y Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Encuesta Internacional sobre Criminalidad y Victimización (ENICRIV-2004), www.icesi.org.mx, fecha de consulta 18 de marzo de 2004. Citado por Arellano Trejo, Efrén, *op. cit.*, p. 3.

ras. Según una encuesta realizada entre la población penitenciaria en 2002, el 48% de los encuestados declaró haber sido detenido a escasos minutos (menos de 60) de la comisión del delito. Otro 22% fue detenido entre la segunda hora (minuto 61 en adelante) y las 24 horas siguientes.²⁷

Es decir, el 70% de los detenidos lo fueron con menos de 24 horas de distancia respecto a la comisión del delito. Esto significa que la posibilidad de que la policía pueda detener a una persona cuando ha pasado más tiempo desde que cometió el delito es muy baja. A partir de este dato podemos concluir que la policía mexicana sabe, si acaso, vigilar, pero no investigar.

El cumplimiento estricto de las órdenes judiciales de aprehensión tampoco es un punto fuerte de la policía mexicana (en este caso la referencia es a la policía ministerial, policía de investigación o policía judicial, como todavía se le llama en algunas entidades federativas). Durante el año 2000 solamente se lograron ejecutar el 33% de esas órdenes, porcentaje que un año antes era apenas del 25%. En 2000 estaban pendientes de ser ejecutadas 253,539 órdenes de aprehensión.²⁸

Ahora bien, la cercanía entre la comisión del delito y la detención pone de manifiesto otro rasgo peligroso de la justicia penal mexicana, la policía detiene en muchas ocasiones sin orden judicial. La Constitución permite en el artículo 16, detener a una persona cuando es sorprendida en flagrancia o cuando se trate de un caso urgente, siempre que se trate de delito grave y no se pueda obtener la orden judicial respectiva. Se calcula que el 40% de las detenciones se realizan sin la orden de aprehensión que debe emitir un juez.²⁹ Las encuestas realizadas a la población penitenciaria señalan que en el 92% de los casos a los detenidos no les fue mostrada la orden de aprehensión.³⁰ No hace falta tener mucha imaginación para suponer el peligro que existe, de que una persona sea objeto de detención arbitraria por la policía, sobre todo si vive o trabaja en barrios marginales.

²⁷ Bergman, Marcelo (coord.), *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional. Resultados de la encuesta a población en reclusión en tres entidades de la República mexicana*, CIDE, 2003, p. 45. Cit. por Carbonell, Miguel y Ochoa Reza, Enrique, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*; México, Porrúa, 2008, pp. 3 y 4.

²⁸ Zepeda Lecuona, Guillermo, *Crimen sin castigo. Procuración de justicia y ministerio público en México*, México, CIDAC-FCE, 2004, pp. 205-206. Cit. por Carbonell, Miguel y Ochoa Reza, Enrique, *op. cit.* p. 4.

²⁹ *Idem.*

³⁰ Bergman, Marcelo y otros, *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional. Resultados de la segunda encuesta a población en reclusión en el Distrito Federal y el Estado de México*, México, CIDE, 2006, p. 35. Cit. por Carbonell, Miguel y Ochoa Reza, Enrique, *op. cit.*, p. 4.

Si lo anterior pone de manifiesto, en parte, la desprotección de las víctimas, la situación de los detenidos está muy lejos de ser idílica. El 71% de los detenidos en el Distrito Federal no tuvo asistencia de abogado mientras estuvo privado de su libertad ante el Ministerio Público; del 30% que sí tuvo asistencia de abogado, la mayoría (70%) no pudo hablar con él a solas. Ya ante el juez que conoció de la acusación en su contra, el 60% de los detenidos no fueron informados de que tenían derecho a no declarar. Durante su declaración preparatoria ante la autoridad judicial uno de cada cuatro detenidos no estuvo asistido de abogado.³¹

El 80% de los detenidos nunca habló con el juez que lo condenó; en el 71% de los casos el juzgador no estuvo presente durante la declaración del detenido (ya en sede judicial).³² Sobra decir que la Constitución mexicana reconoce el derecho a la asistencia de abogado desde el momento de la detención, así como el derecho a no declarar de los detenidos (artículo 20). Por su parte, los códigos de procedimientos penales exigen la inmediatez del juez; es decir, su presencia durante el desahogo de las diligencias judiciales.³³

Actualmente, a través del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), mediante la coordinación y regulación del Sistema Nacional de Información Estadística y geográfica (SNIEG) y con la creación del subsistema de información de gobierno, seguridad pública e impartición de justicia (SNIGSPIJ), se ha logrado generar un diagnóstico, que nos permite, mediante datos estadísticos, conocer el esquema actual aproximado sobre seguridad pública, impartición y procuración de justicia a nivel nacional, con el propósito de provocar una reflexión sobre la suficiencia y la necesidad de complementar la información existente con nuevos datos que permitan conocer la situación que guarda la gestión y el desempeño de las instituciones públicas que conforman al Estado y sus respectivos poderes en las funciones de seguridad pública e impartición de justicia.³⁴

Ahora bien, los datos estadísticos que nos proporciona el SNIGSPIJ, versan entre otros temas a los siguientes: seguridad pública; delitos; procuración de justicia; impartición de justicia; sistema penitenciario; recursos destinados a las funciones de seguridad pública, procuración e impartición de justicia.

³¹ Zepeda, *Crimen sin castigo*, cit., pp. 252 y 253. Cit. por Carbonell, Miguel y Ochoa Reza, Enrique, *op. cit.*, pp. 4 y 5.

³² Bergman, Marcelo (coord.), *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional*, cit., p. 47. Cit. por Carbonell, Miguel y Ochoa Reza, Enrique, *op. cit.*, p. 5.

³³ Carbonell, Miguel y Ochoa Reza, Enrique, *op. cit.*, p. 5.

³⁴ *Estadísticas sobre seguridad pública y justicia 2010. Estadísticas comparativas/ México*, Instituto Nacional de Estadística y Geografía, INEGI, Aguascalientes, Ags. 2011, p. 3.

Considerando los datos antes mencionados, nos percatamos de que el sistema penal en nuestro país adolece de grandes deficiencias, que lo hacen disfuncional tanto en el ámbito de la procuración como en el de impartición de justicia, así como para combatir al crimen organizado.

Además, cabe resaltar que durante muchos años el sistema penal inquisitivo mixto ha contribuido a fortalecer las deficiencias del sistema penal mexicano, al contrarrestar la legalidad y legitimidad del Estado, y cada vez más lo alejan de la aspiración de fortalecer a las instituciones del Estado de derecho democrático.

Por su parte, el Luis Rodríguez Manzanera considera lo siguiente: un derecho penal que ya no ve a la readaptación, que ya no ve al diagnóstico y pronóstico, que ya no ve al tratamiento del hombre; es decir, un derecho penal puramente vindicativo, al grado que lo estamos viendo, la única solución aparente dentro del sistema penal actual vigente es aumentar penas, lo cual parece casi una broma, la competencia no es como apoderarse de la tribuna, sino haber quién propone la pena más alta, si un partido dice que cincuenta años el otro dice que ochenta, etcétera. El riesgo terrible aquí, y no solo en México, es que sigue flotando la amenaza de la reimplantación de la pena de muerte, porque como quinientos años de prisión no funcionan, pues entonces pena de muerte. ¿Este es el derecho penal que nosotros queremos?

En México, lo que está en realidad sucediendo es, por un lado, que hay una crítica feroz, un ataque diciendo que todo está mal, que todo es corrupto, etcétera, y por el otro, las únicas propuestas son más castigo, más pena, más cárceles, pensando que de verdad es cierto, pero para nosotros los criminólogos esto es de risa. Esta superstición tan especial de que mientras más cárceles se tengan hay menos delincuencia, es exactamente al revés. Los norteamericanos tienen ahorita dos millones doscientas mil personas en prisión, y la criminalidad, en lugar de ir bajando, va subiendo; es muy interesante.³⁵

Habida cuenta de lo antes mencionado, cabe resaltar en una apretada síntesis lo siguiente:

El sistema penal mexicano es un sistema deficiente desde hace ya muchos años. Las partes pocas veces tienen una reparación eficaz del daño causado, el delincuente entra a un centro de readaptación social, y al egre-

³⁵ Rodríguez Manzanera, Luis, “La necesidad del acercamiento de la criminología en la procuración e impartición de justicia”, en Sánchez Vázquez, Rafael (coord.), *Administración, procuración e impartición de justicia. Memoria del Congreso Nacional e Internacional*, Puebla, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-BUAP, Instituto de Investigaciones Jurídico-Políticas, 2008, pp. 368-370.

sar no puede reincorporarse a la sociedad debido a las malas políticas que se tienen en nuestro sistema de gobierno, y que durante su estancia en las cárceles nunca tuvo un programa de readaptación, por lo que le es muy difícil incorporarse a la sociedad, de manera que seguirá delinquir. Políticas que abusan de su autoridad, agentes del Ministerio Público que hacen malas investigaciones y algunos jueces corruptos, entre otros muchos problemas, son el abismo en donde desafortunadamente encontramos una criminalidad en ascenso y un sistema de seguridad y justicia que no funciona.³⁶

Así pues en términos generales podemos decir que al hacer un balance sobre el sistema penal inquisitorio mixto que permea en la procuración e impartición de justicia penal en México es la siguiente:

Hoy en día, en nuestro sistema de justicia penal abundan en sobremedida voluminosos expedientes, lo que dificulta su manejo, y, por consiguiente, al juez le resulta físicamente imposible leerlos y estudiarlos en su totalidad; más aún: porque en muchas ocasiones están plagados de cientos de páginas con argumentos repetitivos que lo único que consiguen es retardar la resolución del proceso.

En la actualidad, muchas veces los jueces no conocen la causa penal, sino que se limitan a firmar la sentencia que les proyecta su secretario, y bajo esta circunstancia llegan a incurrir en graves errores; sin embargo, es muy difícil que se inicie un procedimiento de responsabilidad en su contra, por lo que sus omisiones quedan impunes, ya que nadie los llama a cuentas.

Hoy por hoy, muchos inocentes se encuentran reclusos en los centros de readaptación social por defecto en la defensa de los litigantes y errores del agente del Ministerio Público designado; mayor injusticia representa el hecho de que aun cuando los defensores y el Ministerio Público cometan errores por su impericia o falta de ética profesional, jamás serán juzgados ni responderán por las omisiones cometidas durante la tramitación del proceso penal.³⁷

Por su parte el doctor Sergio García Ramírez, jurista e investigador nacional emérito, expresa:

Al principio de 2007, en una circunstancia de criminalidad exacerbada, impotencia estatal para contenerla y profunda exasperación social, volvieron a

³⁶ Caballero, José Antonio y López Ayllón, Sergio, “Juicios orales, cateos y delincuencia organizada”, *Nexos*, cit. por Ponce Gómez, Olga Miriam, “La reforma constitucional al sistema penal mexicano”, en Sánchez Vázquez, Rafael (coord.), *Administración...*, cit., p. 233.

³⁷ Pérez Pérez, Higinio, “Los juicios orales en España, Argentina, Colombia, Chile, Venezuela, Costa Rica y en nuestra legislación mexicana con motivo de la nueva reforma penal”, en Sánchez Vázquez, Rafael (coord.), *Administración...*, cit., p. 191.

la escena las propuestas reformadoras de la Constitución, que en esta oportunidad adoptaron, sobre todo, soluciones jurídicas imperantes en los Estados Unidos de América, de donde provienen algunas evangelizaciones que hemos recibido con notable diligencia.

Se ha informado ampliamente —no en el proceso legislativo formal, sino en medios de comunicación social y otros foros— sobre los canales utilizados para esa transferencia procesal. No me detengo en el examen de este asunto, para evitar desbordamientos en la materia específica del presente trabajo.³⁸

Además, llama la atención que los juzgadores hayan quedado al margen de la deliberación decisiva en algunos procesos reformadores de la legislación mexicana sobre justicia. Así ocurrió, hasta donde llega mi información —y lo he comentado en diversas publicaciones—, cuando se hizo la reforma judicial de 1994-1995 (que durante algunas semanas suprimió la Suprema Corte de Justicia, en tanto omitió integrar de nueva cuenta este cuerpo colegiado en el momento mismo en que cesaban en sus cargos sus anteriores integrantes). Entonces no hubo, por cierto, el cuidado y el respeto que merecían la administración de justicia y muchos de sus servidores.

Consecuentemente, existe la impresión —que no todos comparten— de que una vez más se ha realizado una reforma a la justicia en ausencia de los juzgadores. Si no fue así, mejor. Pero en los textos adoptados no parece destacar la huella de aquellos, que conocen con profundidad los problemas y requerimientos de la función pública a la que dedican sus empeños.³⁹

Teniendo en consideración a lo antes manifestado, consideramos que la reforma promovida en 2007-2008 ofrece bondades de gran relevancia. Es preciso y justo reconocer las virtudes de la reforma y favorecer su aplicación puntual y certera. Por supuesto, las aportaciones “escenográficas” de la reforma y sus novedades procesales no pueden ocupar, en la aplicación gradual de aquella y en la valoración final que se haga, el lugar que solo pertenece a la justicia.

Por otra parte, la misma reforma contiene novedades preocupantes, de signo autoritario, que conspiran contra el sistema penal de la sociedad democrática y ponen en predicamento derechos y garantías individuales. Estas novedades podrían imprimir un viraje pernicioso a los avances alcanzados con gran trabajo y ensombrecer el rumbo y el destino del orden penal mexicano.

Al referirme a la reforma he utilizado un símil. Parece un vaso de agua potable y transparente a la que se hubieran agregado unas gotas de veneno.

³⁸ García Ramírez, Sergio, *La reforma penal...*, cit., p. VII.

³⁹ *Ibidem*, p. IX.

Habrá que ponderar la naturaleza final de la bebida y la suerte de quienes la ingieran. Quiero decir, habrá que ponderar con hechos, no con palabras.

Lo que se encuentra a prueba no es el discurso —o el modelo o el paradigma— de la justicia penal, sino la justicia misma aplicada a una sociedad específica que aguarda, desde hace tiempo, innovaciones redentoras. Se halla a la vista el peligro de “guantanamoizar” la justicia penal mexicana. Por eso es posible subtítular esta obra con la gran interrogante que despierta la reforma constitucional: ¿democracia o autoritarismo?⁴⁰

IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL GARANTISMO EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL

El jurista italiano Ferrajoli, en su obra *Derecho y razón*, nos proporciona los elementos teóricos y metodológicos acerca de la epistemología garantista en el sistema procesal penal, y que a continuación mencionamos:

La epistemología garantista. El derecho penal de los ordenamientos desarrollados es un producto predominantemente moderno. Los principios sobre los que se funda su modelo garantista clásico —la estricta legalidad, la materialidad y lesividad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral y contradictorio entre partes y la presunción de inocencia— en gran parte son, como es sabido, el fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal.⁴¹

Los distintos principios garantistas se configuran, antes que nada, como un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar, respecto de otros modelos de derecho penal históricamente concebidos y realizados, el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad.⁴²

Son dos elementos que configuran el esquema garantista, y son, a saber: uno relativo a la definición legislativa y el otro a la comprobación jurisdiccional de la desviación punible. Y corresponden a sendos conjuntos de garantías, las penales y las procesales del sistema punitivo al que dan fundamento. Consecuentemente, de ahora en adelante denominaré a la reserva de ley «principio de mera legalidad», que, como quiera que se la formule es una norma dirigida a los jueces, a quienes prescribe la aplicación de las le-

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2000, p. 33.

⁴² *Ibidem*, pp. 33 y 34.

yes, y usaré la expresión de «principio de estricta legalidad» para designar la reserva absoluta de ley, que es una norma dirigida al legislador, a quien prescribe la taxatividad y la precisión empírica de las formulaciones legales.⁴³

Ahora bien, la teoría general del derecho ha considerado que el principio de estricta legalidad no admite «normas constitutivas», sino solo «normas regulativas» de la desviación punible: por tanto, no normas que crean o constituyen *ipso iure* las situaciones de desviación sin prescribir nada, sino solo reglas de comportamiento que establecen una prohibición; es decir, una modalidad deóntica cuyo contenido no puede ser más que una acción respecto de la que sea alécticamente posible tanto la omisión como la comisión, una exigible y la otra no forzosa y, por tanto, imputable a la culpa o responsabilidad de su autor. Así pues, dos logros fundamentales de la teoría clásica del derecho penal y de la civilización jurídica liberal se traban con esta concepción. El primero es la garantía para los ciudadanos de una esfera intangible de libertad, asegurada por el hecho de que al ser punible solo lo que está prohibido por la ley, nada de lo que la ley no prohíbe es punible, sino que es libre o está permitido. El segundo es la igualdad jurídica de los ciudadanos ante la ley. Las acciones o los hechos, cualquiera que los cometa, pueden realmente ser descritos por las normas como «tipos objetivos» de desviación y, en cuanto tales, ser previstos y probados como presupuestos de iguales tratamientos penales; mientras que toda prefiguración normativa de «tipos subjetivos» de desviados no puede dejar de referirse a diferencias personales, antropológicas, políticas o sociales y, por tanto, de concluir en discriminaciones apriorísticas.⁴⁴

El juez no es una máquina automática en la que por arriba se insertan los hechos y por abajo se sacan las sentencias, acaso con la ayuda de algún empujón cuando los hechos no se adaptan perfectamente a ella. La idea de un perfecto silogismo judicial que permita la verificación absoluta de los hechos legalmente punibles corresponde a una ilusión metafísica, en efecto, tanto las condiciones de uso del término «verdadero» como los criterios de aceptación de la «verdad» en el proceso, exigen inevitablemente decisiones dotadas de márgenes más o menos amplios de discrecionalidad. En consecuencia, en la actividad judicial existen espacios de poder específicos y en parte insuprimibles, siendo tarea del análisis filosófico distinguir y explicar para permitir su reducción y control, el poder de comprobación probatoria o de verificación fáctica; el poder de connotación o de comprensión equitativa; el poder de disposición o de valoración ético-política.⁴⁵

⁴³ *Ibidem*, pp. 34 y 35.

⁴⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría...*, *cit.*, pp. 35 y 36.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 36 y 38.

En el desarrollo del sistema garantista se encuentran razones que muestran que las decisiones en cuestión aseguran la justicia de acuerdo con el Estado Social y Democrático de Derecho. Una de las características del sistema acusatorio es el respeto a los derechos de las personas, el llamado garantismo, el cual nace como un concepto elaborado y con límites acotados, al cual Ferrajoli hace importantes aportaciones como respetar los derechos fundamentales de todos. En este esquema lo que hay que lograr es que se busque el equilibrio respetando por igual los derechos de las partes en el juicio.⁴⁶

Por su parte, Sergio García Ramírez plantea lo siguiente: “es posible respetar los derechos de todos, porque respetar derechos no es generar un régimen de privilegios, sino hacer un marco de legalidad, una democracia, un sistema democrático al cual todos nos debemos atener, preponderantemente las autoridades, así como al principio de legalidad, de modo que no haya atropello, no haya menoscabo de los derechos de nadie”,⁴⁷ y esto sería respetar los derechos humanos por medio de este modelo garantista con una buena política criminal.

Es así que se requiere de la búsqueda de los derechos humanos por medio del uso, según Ferrajoli, “desde los principios sobre los que se funda su modelo garantista clásico, la estricta legalidad, la materialidad y lesividad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral y contradictorio de las partes y la presunción de inocencia, en gran parte son, el fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal”.⁴⁸

Por lo tanto, dentro del desarrollo garantista nos encontramos que se

enlazan con una tradición autoritaria mucho más antigua y nunca realmente interrumpida. Esta tradición es el fruto irreflexivo y consolidado de las prácticas legislativas, jurisdiccionales o policiales, pero también enlaza doctrinas y modelos teóricos y políticos del derecho penal todo o en parte antiéticos, de los esquemas pre modernos de la Inquisición a las modernas teorías de la prevención especial, de la defensa social o del tipo normativo de autor, en sus múltiples variantes moralistas, antropológicas, decisionistas y eficientistas.⁴⁹

La selección de los elementos teóricamente esenciales en los dos modelos: acusatorio ó inquisitorial, está, además, inevitablemente condicionada por juicios de valor, a causa del nexo que sin duda cabe establecer entre sistema acusatorio y modelo garantista, y, por otra parte, entre sistema inquisitivo,

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 38 y 39.

⁴⁷ García Ramírez, Sergio y González Mariscal, Olga de, *La reforma constitucional en materia penal. Jornada de justicia penal*, México, Inacipe-UNAM, 2009, p. 20.

⁴⁸ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría...*, cit., p. 33.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 40.

modelo autoritario y eficacia represiva. Todo esto hace todavía más esencial distinguir en el plano metodológico, con toda claridad, la noción teórica y convencional de los dos modelos, de la reconstrucción de sus rasgos empíricos en las diversas experiencias históricas, para evitar operaciones ideológicas de falsificación histórica, o construcciones teóricas lógicamente inconsistentes y axiológicamente inservibles. Aunque esta reconstrucción pueda aportar luz acerca de los nexos funcionales que ligan los diversos elementos de cada modelo teórico, en la experiencia práctica no aparecen nunca en estado puro, sino siempre mezclados con otros, que no son ni lógica ni axiológicamente necesarios. Ello depende de espontáneas y contingentes dinámicas histórico-políticas, o de explícitas opciones legislativas en forma de compromisos, o también del hecho de que muchos principios que responden a una u otra tradición han terminado por afirmarse en la época moderna como universalmente válidos y por figurar, en consecuencia, al menos sobre el papel, en todos los ordenamientos procesales evolucionados, piénsese, por ejemplo, en el carácter público y no privado de la acusación, de ascendencia inquisitiva, o bien en la libre convicción del juez, en el principio de contradicción y en los derechos de defensa, de extracción acusatoria.⁵⁰

Hechas estas indispensables consideraciones previas, me parece que la dicotomía «acusatorio/inquisitivo» es útil para designar una doble alternativa, ante todo, la que se da entre dos modelos opuestos de organización judicial y, en consecuencia, entre dos figuras de juez, y, en segundo lugar, la que existe entre dos métodos de averiguación judicial igualmente contrapuestos y, por tanto, entre dos tipos de juicio. Precisamente, se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción. A la inversa, llamaré inquisitivo a todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de la defensa. Es claro que a los dos modelos se pueden asociar sistemas diversos de garantías, tanto orgánicas como procesales, si el sistema acusatorio favorece modelos de juez popular y procedimientos que valorizan el juicio contradictorio como método de investigación de la verdad, el sistema inquisitivo tiende a privilegiar estructuras judiciales burocratizadas y procedimientos fundados en poderes de instrucción del juez, acaso compensados por vínculos de pruebas legales y por pluralidad de grados en el enjuiciamiento. Forma paralela, a las cambiantes vicisitudes de los regímenes políticos —unas veces democráticos, otras despóticos—, de los que siempre han sido expresión.⁵¹

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 563 y 564.

⁵¹ *Ibidem*, p. 564.

V. PRINCIPIOS GENERALES DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO ADVERSARIAL ORAL

A continuación se hará mención de los principios básicos del sistema acusatorio adversarial (vía los juicios orales), que se encuentran regulados en el artículo 20, apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente a partir del 18 de junio de 2008.

- Oralidad: redominio de la expresión verbal sobre la escrita. En el juicio oral, el juez basa sus decisiones en el desahogo de todas y cada una de las declaraciones de los testigos, peritos o personas que les constan los hechos, de manera verbal u oral, pues de esa manera se da cuenta del verdadero significado de lo que quiere dar a entender el testigo, y obtiene una información más completa sin resúmenes u omisiones de palabras o datos importantes que pudieran ser de vital importancia para forjar su convicción al momento de dictar sentencia. En el proceso penal escrito la situación es muy distinta, pues el juez (mejor dicho los escribientes) se limita a obtener información raquíutica en un papel escrito.
- Publicidad: toda persona puede presenciar el desarrollo del procedimiento. En un juicio oral la particularidad de que una audiencia sea pública significa que cualquier persona puede ingresar libremente a un tribunal y ver la audiencia de su elección, existiendo restricciones vinculadas a la seguridad y el adecuado desarrollo de la audiencia. En un proceso escrito el acceso al tribunal está muy limitado, porque aun cuando la ley establece que las audiencias son públicas, tal disposición no se respeta, dado que ni siquiera se cuenta con el espacio adecuado para darle cumplimiento.
- Inmediación: el juez debe presenciar todas las audiencias. En un juicio oral el juez directamente vive y preside el desahogo de las declaraciones de los testigos, y de esa manera su fallo viene a ser más certero sobre la realidad de las cosas, pues se percata directamente del comportamiento o actitudes del testigo al declarar, y de esa manera advierte si está mintiendo o no. Con este sistema a una persona que acude a rendir testimonios falsos se le dificulta. En el proceso escrito el juzgador dicta su sentencia y toma sus decisiones basándose en la información de segunda o tercera mano que le llega; es decir, de datos que no le constan directamente a él, sino a sus secretarios o escribientes.

- Contradicción: la parte que defiende y la que acusa tienen posibilidad de debatir las pruebas aportadas mutuamente. En el juicio oral tanto la defensa como el Ministerio Público tienen garantizado el derecho de intervenir directamente en la declaración de los testigos propuestos; es decir, que la contradicción garantiza a las partes la oportunidad de interrogar al testigo de la contraparte. La forma de interrogar a los testigos hostiles o de la contraparte es más libre, y por consecuencia al defensor o el fiscal se les facilita más el obtener información vital para sus respectivos intereses. En el sistema escrito, interrogar a un testigo es casi imposible, pues el mismo no puede ser indagado ante el juzgador respecto a hechos que proporcionó ante el Ministerio Público, toda vez que los mismos tienen valor probatorio pleno, aun cuando el juez no lo haya vivenciado.
- Continuidad y concentración: las peticiones y decisiones se toman en sesiones. En el juicio oral, la continuidad y concentración se refieren a que todos los actos necesarios para desarrollar el juicio se deben realizar en una misma audiencia (concentración), y que el debate no debe ser interrumpido (continuidad). La concentración significa que tanto la recepción de la prueba como las peticiones que se realicen en el juicio deben ocurrir, en lo posible, en la misma audiencia o en audiencias sucesivas, y ahí se aplica el principio de continuidad, según el cual todos los actos procesales deben realizarse en el juicio hasta su conclusión. El sistema escrito es totalmente lento, pues el promedio de duración de un caso oscila entre uno y tres años, mientras que el acusado vive la mayoría de las veces detenido.
- Participación de la víctima: el nuevo modelo le permite confrontar en juicio al victimario, escuchar los testigos y argumentos, enterarse del contenido de la sentencia y la pena que se impone, a fin de sacarla del laberinto de incertidumbre que colabora en la falta de legitimización del actual sistema.⁵²

VI. REFLEXIONES FINALES

A partir del movimiento iusnaturalista liberal de finales del siglo XVIII, y de los siglos XIX y XX, se fortalece una visión más humanitaria y toleran-

⁵² Para una mayor información véanse los trabajos de Matus Romualdo, Noe, “Principios rectores del nuevo penal acusatorio adversarial en el estado de Oaxaca”, *Administración...*, *cit.*, pp. 147-156, y Crescencio M. Martínez, Geminiano, Carmona Castillo, Gerrado A. (coords.), *Las disposiciones generales del Código Procesal Penal para el Estado de Oaxaca, Juicio oral penal. Reforma procesal penal de Oaxaca*, México, Andrés Bello Mexicana, 2008, pp. 47-77.

te, toda vez que ésta es considerada tanto en la Declaración de los Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776, así como en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Democrática Burguesa de Francia de 1789. En dichas declaraciones se establecen los principios referentes al debido proceso legal que fortalece al sistema penal acusatorio, el cual acepta y da validez al principio de presunción de inocencia, que es más congruente con el Estado de derecho democrático. En tal virtud, se convierte en un antídoto en contra del sistema penal inquisitorial.

Históricamente, identificamos en la República mexicana la presunción de la inocencia en los Sentimientos de la Nación de José María Morelos y Pavón, en su proyecto de Constitución de Apatzingán de 1814. No obstante, hubo necesidad de que transcurrieran más de 194 años para que se establezca en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el principio de presunción de inocencia, tal y como lo menciona actualmente el artículo 20 constitucional vigente, en su apartado B: “De los derechos de toda persona imputada”, fracción I, A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa (producto de la reforma penal constitucional de 2007-2008).

El sistema penal inquisitorio mixto comparte, entre otras características, las siguientes:

Excesivo formalismo; es decir, lo que no se encuentra dado en el expediente no existe para el proceso. Todo gira en torno a lo que existe en las fojas del expediente. También cabe resaltar que el expediente del proceso se integra con diligencias sigilosas hasta llegar al extremo del ocultamiento de datos, favorece la detención del acusado, y en consecuencia, el fortalecimiento de la prisión preventiva.

Sin lugar a dudas, el sistema de procesamiento penal inquisitorio es un obstáculo al desarrollo y fortalecimiento de las instituciones del Estado de derecho social democrático. Consecuentemente, favorece a los regímenes autoritarios.

El sistema penal inquisitorio se distingue por su autoritarismo e intolerancia, más a fin a los Estados fascistas.

El sistema penal inquisitorial mixto, en ocasiones se distingue por su irracionalidad y arbitrariedad de obtener de parte del acusado la aceptación de su supuesta culpabilidad, a través de prácticas psicológicas y físicas, que esquematizan el temor, el miedo, hasta llegar a generar estados de angustia, ansiedad, y de esa manera aceptar conductas no realizadas por el acusado.

Habida cuenta a todo lo antes manifestado, consideramos que se torna oportuno resaltar lo siguiente: el sistema penal acusatorio es más afín al mo-

delo del Estado de derecho social democrático, en donde se da prioridad al respeto a las garantías y derechos fundamentales del ser humano, a la transparencia, a las audiencias públicas, a buscar la verdad real histórica sustentada en los derechos y obligaciones tanto de la parte acusadora como del acusado, en donde se hace énfasis al principio de presunción de inocencia y del debido proceso legal. En tal virtud estamos en presencia de un nuevo paradigma de procurar e impartir justicia menos formalista alejada de lo inquisitorial y de lo autoritario.

Consecuentemente, el sistema penal acusatorio facilita las condiciones subjetivas y objetivas para fortalecer y desarrollar un régimen democrático respetuoso del Estado del derecho.

Ahora bien, de la lectura y análisis que se haga del contenido textual del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente (reforma publicada el 18 de junio de 2008), identificamos que en el apartado A, con diez fracciones, se establecen los principios generales del sistema penal acusatorio adversarial, vía los juicios orales. En su apartado B, con sus nueve fracciones, se regulan los derechos de toda persona imputada, y en el apartado C, con siete fracciones, se mencionan los derechos de la víctima o del ofendido. Habida cuenta de lo antes expresado, se desprenden los lineamientos teóricos y metodológicos que esquematizan al sistema penal acusatorio, de naturaleza garantista, respetuoso de la dignidad humana, y demás derechos fundamentales tanto del acusador como del acusado.

En tal virtud, el sistema acusatorio se caracteriza por el respeto y tolerancia a las garantías esenciales que protegen los derechos humanos, y que permiten una mayor credibilidad y legitimidad para quienes se procuran e imparten justicia, con el propósito de fortalecer a las instituciones del Estado de derecho democrático.

Sin embargo, existen disposiciones normativas en la referida reforma penal constitucional del 18 de junio de 2008, que contradicen los principios, generando ambigüedades, ya que, por un lado se tiene a un sistema penal garantista congruente con un Estado de derecho social democrático, y por el otro, de manera simultánea, se hace énfasis de un sistema penal del enemigo a través del arraigo domiciliario y demás expresiones que violentan las garantías fundamentales de los ciudadanos mexicanos.

Por todo lo anteriormente expuesto, se debe señalar que al establecer el principio de presunción de inocencia y del debido proceso legal se pretende que el acusado ya no esté obligado a demostrar que es inocente; por el contrario, el Ministerio Público será el que tenga la obligación de probar que el acusado es culpable, y tanto este como el juez tendrán como obligación esclarecer los hechos. Con la reforma será siempre en el juicio y frente al

juez donde deberá acreditarse el delito. Se establecen menos requisitos para consignar y una reducción al uso de la prisión preventiva, esta última flexibiliza la posibilidad de que el inculcado pueda estar sujeto a proceso sin ser privado de la libertad, lo cual brindará una mayor protección a los derechos fundamentales y mayor eficacia al sistema.

Además, en el párrafo cuarto del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente, se establecen los medios alternativos para resolver las controversias. Dicho precepto constitucional, textualmente dispone: “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. De esta manera, los medios alternativos son los siguientes: “mediación, conciliación y arbitraje”.

Por lo que respecta a la mediación, cabe decir que es una alternativa racional que persigue el equilibrio y la paz perdida entre las partes en conflicto.⁵³

Así pues, la mediación gira en torno a las siguientes estrategias: dialógica, copresencial, marco axiológico explícito, procesal y episódica, articulada por el mediador y las partes. El mediador es el responsable y conductor del proceso, dependiendo su resultado de la buena interacción de este y las partes.⁵⁴

Al respecto, García Ramírez expresa: “Evidentemente, ninguna reforma es la última reforma —aunque pueda ser la de más reciente fecha—, a no ser que la sociedad se extinga inmediatamente después.”⁵⁵

Hoy día, el orden penal sustantivo y el orden penal adjetivo se hallan en estado de sitio por la tensión que existe entre la protección de los derechos humanos y la atención a la seguridad pública, o, dicho desde otra perspectiva, el control del crimen y el debido proceso.⁵⁶

Incuestionablemente que el sistema penal acusatorio es un partaguas que limita la sobrevivencia del sistema penal inquisitorial, que se refugió en el sistema mixto, y que hasta ahora prevalece en la gran mayoría de las entidades federativas, por una parte, y por la otra, en dicha reforma penal constitucional, de acuerdo con el artículo X transitorio, se da un plazo de ocho años a partir de su vigencia para el efecto de capacitar al personal, así como implementar la infraestructura material necesaria.⁵⁷

⁵³ Gorjón Gómez, Francisco Javier, “Modelo de mediación”, publicado en Sánchez Vázquez, Rafael (coord.), *Administración...*, cit., pp. 135 y 136.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 145 y 146.

⁵⁵ García Ramírez, Sergio, *La reforma penal...*, cit., p. 523.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 524.

⁵⁷ Sánchez Vázquez, Rafael, “El Estado de derecho social democrático garante del sistema penal acusatorio y del principio de presunción de inocencia-retro de la reforma constitucional penal en México (2008-2016)”, *Administración...*, cit., p. 120.

Sin embargo, es preocupante que en México la reforma penal constitucional de 2008 hasta el momento tenga poca aceptación en los diferentes sectores de la sociedad mexicana, encontrando escepticismo en la ciudadanía, poca credibilidad en los abogados postulantes, agentes del Ministerio Público, jueces, magistrados, sectores académicos. Una vez más está presente la expresión un tanto cuanto paradigmática del jurista Eduardo Novoa Monreal, penalista chileno que participó del gobierno democrático de Salvador Allende, cuando lo expresó en el contenido del libro que intituló *El derecho como obstáculo al cambio social*, publicado por editorial siglo XXI, hace más de 24 años.⁵⁸

A fin de no incurrir en omisiones o errores que a futuro nos llevarán a cuestionar severamente las consideraciones laudatorias acerca del sistema penal acusatorio con sus juicios adversariales (orales), consideramos necesario hacer una evaluación previa vía diagnóstico sobre las experiencias que han vivido y viven otros Estados de la comunidad internacional sobre el sistema penal acusatorio —con el propósito de identificar tanto sus fortalezas como sus debilidades— y no volver a reproducir estas.⁵⁹

Además, cabe resaltar que la reforma enfrenta, entre otros problemas, a los siguientes:

- A los abogados postulantes de formación tradicional generalmente se les identifica con el sistema penal inquisitorial. Así como de la expresión mixta del referido sistema.
- La inveterada práctica de los operadores del derecho que procuran e imparten la justicia penal en México, en un alto porcentaje de estos funcionarios: de agentes del Ministerio Público, jueces, magistrados, y demás funcionarios de la judicatura son escépticos o se resisten a los cambios que trae consigo la reforma penal constitucional, a través del sistema penal acusatorio.
- La falta de actualización en un alto porcentaje de los contenidos de los programas académicos de las instituciones de educación superior que ofertan los estudios de derecho en todo lo largo y ancho de la República mexicana retardaran las novedades teóricas y prácticas que contextualizan a la reforma penal constitucional en México vigente a partir del 18 de junio de 2008.
- La inercia genera oposición en un alto porcentaje de los profesores de las academias de derecho penal, ya que cuestionan a priori los

⁵⁸ *Ibidem*, p. 121.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 122.

beneficios que puedan lograrse con el sistema penal acusatorio, que teóricamente descansa en el garantismo como una expresión más a fin al Estado de derecho democrático.⁶⁰

De ahí la urgente necesidad de aplicar el sistema penal acusatorio y los juicios orales, así como de los medios alternativos para la solución de controversias (mediación, conciliación y el arbitraje) para el efecto de que se corrijan en parte los problemas antes mencionados. No obstante, consideramos, por una parte, la necesidad de poner en marcha una reforma judicial más profunda, a través de una política judicial sustentada en la transparencia, en la rendición de cuentas e imparcialidad. Y, por la otra, que se apliquen políticas públicas, que permitan mejorar las condiciones de vida de los sectores sociales más vulnerables de la sociedad mexicana, que son las mayorías, y que carecen de lo necesario.

Por último, solo nos resta expresar que, a escasos meses de celebrar el Bicentenario de la Independencia de México y del centenario de la Revolución mexicana con más de 112 millones de compatriotas, se afloran los problemas que acompañan a la pobreza y de otros graves males, que no se han resuelto en nuestro país, y son a, saber: marginación, desempleo, corrupción, impunidad, inseguridad pública, deterioro en los servicios de asistencia social, desconocimiento de los derechos de seguridad social, como salud, vivienda, educación, etcétera. Igualmente, se presentan los problemas de ingobernabilidad, narcoterror, así como de la falta de credibilidad y legitimidad a las instituciones jurídicas que procuran e imparten justicia.

⁶⁰ Sánchez Vázquez, Rafael, “El Estado de derecho social democrático garante del sistema penal acusatorio y del principio de presunción de inocencia-reto de la reforma constitucional penal en México (2008-2016)”, *op. cit.*, pp. IX y X.