

COMENTARIO SOBRE EL “PARADIGMA PROCESAL PENAL” EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA

Sergio GARCÍA RAMÍREZ*

Este trabajo corresponde a mi exposición en las XV Jornadas sobre Justicia Penal, desarrolladas en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, por convocatoria del propio Instituto y de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, que tengo el honor de presidir. Esas Jornadas, que tuvieron lugar al término de 2014, constituyen la decimoquinta edición de un programa académico desarrollado año tras año, para examinar, con el concurso de numerosos especialistas —académicos y aplicadores del Derecho—, algunos de los temas de mayor relieve y actualidad en el ámbito de las disciplinas penal, tanto jurídicas como políticas, criminológicas y criminalísticas.

Las Jornadas favorecen la reunión y la deliberación de un buen número de expositores y centenares de investigadores, catedráticos, funcionarios de la procuración y administración de justicia, activistas y defensores de los derechos humanos, legisladores, estudiantes y estudiosos de estas disciplinas. En la casi totalidad de los casos, el Instituto de Investigaciones Jurídicas, por sí solo o asociado a otras entidades —así, el Instituto Nacional de Ciencias Penales o el Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal— ha publicado las memorias de las Jornadas, que de tal suerte favorecen la aproximación al conocimiento de cuestiones que preocupan y ocupan a la sociedad mexicana —y a la comunidad de otros países— en el ámbito de su especialidad.

Las XV Jornadas, de 2014, se destinaron al análisis del flamante, discutido Código Nacional de Procedimientos Penales, expedido en ese mismo año al amparo de reformas constitucionales que facultaron al Congreso de la Unión para legislar en materia procesal penal para toda la República. En

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Investigador Nacional Emérito del Sistema Nacional de Investigadores. Exprocurador general de justicia del Distrito Federal y exprocurador general de la República. Fue juez y presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Presidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

junio de 2016 deberá alcanzar todo el ámbito de su vigencia en los términos dispuestos por la Constitución.

Las reflexiones que aquí ofrezco provienen de un libro en preparación acerca del denominado “sistema acusatorio oral adversarial”, o bien, “nuevo sistema procesal penal”, que tiene raíz foránea en las instancias, el ordenamiento y la práctica anglosajones —que han penetrado intensamente, por diversas vías y de manera decisiva, en el marco jurídico mexicano—, en movimientos de reforma en diversos países europeos —a su vez influidos por el ímpetu del enjuiciamiento penal anglosajón— y, sobre todo, en América Latina —principalmente—, aunque no exclusivamente en Chile. También hubo planteamientos oriundos de nuestro medio. Todo ello quedó alojado, con mayor o menor fortuna, en la reforma constitucional de 2008, y luego en el ordenamiento nacional de 2014.

Aprecio muchos progresos en aquella reforma constitucional y en el ordenamiento derivado de ella, que por primera vez reúne en un solo ordenamiento para la Federación y las entidades federativas, todo el régimen procesal penal, que había permanecido disperso en más de una treintena de códigos de procedimientos, como ya mencioné, merced a lo que algún jurista denominó “extremoso federalismo”, que ciertamente no tributa a la adopción y el desarrollo de una verdadera política nacional en esta importante materia.

Reformado el artículo 73 constitucional para conferir al Congreso de la Unión la facultad de regular el procedimiento penal —y los sustitutivos del proceso, que son piedra clave del nuevo régimen penal adjetivo, mucho más que el denominado juicio oral—, queda pendiente la unificación de la ley penal sustantiva, paso adelante requerido desde hace décadas y resistido constantemente, sin argumentos suficientes, por los partidarios de una dispersión legislativa que obstaculiza la buena marcha de la justicia penal.

En las Jornadas a las que me refiero y en las que participaron muchos expositores que dieron luz —salvo yo mismo— sobre los temas de su competencia, tuve a mi cargo la referencia al proceso penal democrático, concepto proyectado sobre la normativa procesal penal vigente. En esa oportunidad me referí a lo que se ha dado en llamar el “nuevo paradigma” de la justicia penal mexicana —como también se habla, con expresión discutible, de un “nuevo paradigma” en el trato constitucional de los derechos humanos, a partir de 2011. Pero no es el caso discutir ahora si nos hallamos ante nuevos paradigmas —en todo o en parte— o frente a antiguos modelos —también en todo o en parte— que readquirieron perfil y fuerza y hoy marchan a la cabeza de la normativa nacional.

Al comentar estos extremos, es preciso tomar en cuenta la reforma constitucional de 2008 y el Código Nacional de Procedimientos Penales

(CNPP), que son el marco para la recepción del “paradigma”. En mi concepto, la reforma constitucional logró introducir en la Constitución figuras, derechos y garantías que deben figurar en la ley suprema de nuestro tiempo, y en muchos casos amplió o detalló principios y normas establecidos en la Carta Magna desde 1917, o aún antes, si se revisan los precedentes del constitucionalismo interno.

A mi juicio esa reforma constitucional tuvo un carácter “ambiguo”, en tanto concentró —ya que no concilió— elementos de carácter democrático con datos de naturaleza autoritaria. De ahí que yo haya titulado un libro acerca de esta materia como *La reforma penal constitucional. ¿Democracia o autoritarismo?* Existe, sin duda, esa doble presencia, que sustenta y justifica el título del libro. Por lo que toca al Código Nacional, éste recoge naturalmente —pero a veces contraviene o difiere— la guía constitucional y traza un nuevo derrotero para el procedimiento de su especialidad. Menudean los elogios hacia este ordenamiento, muchos de ellos justificados. Y también abundan las críticas, también justificadas, que señalan errores y sugieren correcciones.

No pretendo intervenir ahora en este debate, en el que ya he participado en diversos foros académicos. Me limitaré a intentar un esbozo —solamente esto, con la mayor modestia— acerca de algunos aspectos que pueden concurrir al diseño de un paradigma procesal de corte democrático. A partir de los elementos que a continuación expongo sería posible ponderar la adecuación del ordenamiento procesal penal al paradigma democrático. Por supuesto, esto constituye una tarea de mayor alcance.

Los analistas del nuevo régimen procesal han emprendido su examen bajo diversos rótulos y con distintas orientaciones. La doctrina, la legislación (que se mueve, hoy día, con una celeridad que no tuvo en el pasado reciente: de ahí la necesidad de reformar el artículo 73 constitucional e introducir otro “arreglo” en el esquema federal mexicano), la jurisprudencia y, no menos, la práctica cotidiana, aportarán motivos de reflexión para adelantar en la concreción verdadera —el mundo de los hechos, distanciado del mundo de los dichos— del paradigma procesal.

Esto último me lleva a invocar nuevamente las reflexiones de Piero Calamandrei, cuando subraya que el proceso no se disciplina perfectamente a las normas del código procesal y aledañas, sino a la actuación y al sentido que le imprimen sus personajes: policías, fiscales, peritos, jueces, auxiliares, ejecutores, etcétera. Son ellos, en verdad, quienes construyen o destruyen un buen sistema procesal. Así se ha visto y así se verá. Veamos, pues, qué traen los primeros años de aplicación nacional de una normativa que paulatinamente han acogido la Federación y las entidades que la integran.

Paso a exponer en seguida el tema que elegí para mi propia participación en las XV Jornadas. En este texto, cuya base es la exposición verbal de la materia, incluiré algunas reiteraciones, con cierto detalle, sobre los puntos mencionados en las líneas anteriores y desenvolveré algunos “extremos” notables, a mi juicio, del paradigma democrático. También destacaré opiniones críticas, expuestas por diversos analistas, y riesgos previsible.

* * *

En el marco de los trabajos y los debates vinculados a las reformas constitucionales de 2008 y 2013 y a la adopción del Código Nacional de Procedimientos Penales se ha invocado, a menudo, el concepto de “paradigma” o “nuevo paradigma” del procedimiento penal, del mismo modo que los trabajos preparatorios y el examen posterior a la reforma de 2011 sobre derechos humanos utilizó esa expresión a propósito de su trascendental materia: “nuevo paradigma constitucional de derechos humanos”.¹

En lo que toca al orden constitucional, acaso podríamos preguntarnos si se trata —*in toto*— de auténticos nuevos paradigmas o de recuperación de modelos básicos, radicales, con adecuaciones atentas al tiempo y la circunstancia en la que aparecen las expresiones normativas calificadas como paradigmáticas y las fórmulas en las que éstas se manifiestan. Pudiera ser excesivo o distractivo el empleo de aquel término —que resulta, sin embargo, aleccionador y determina efectos socialmente útiles—, si se reconoce el significado radical de un paradigma, entendido como modelo, referencia, destino, a los que debieran disciplinarse las formas concretas de pretender y asumir la materialización de determinadas ideas, intenciones, proyectos, en cierto medio y en determinado tiempo.

En rigor —y siempre por lo que toca al sistema constitucional de los derechos humanos, no así, por supuesto, en lo que respecta al régimen penal— lo que ha ocurrido es la recuperación de un antiguo paradigma, altamente bienhechor, por un lado, y el surgimiento de novedades, por el otro, cuyo conjunto aporta el “nuevo estatuto del ser humano” o “estatuto contemporáneo del ser humano”.² Lo primero, porque la reforma de 2011 recupera la noción radical de los derechos humanos “reconocidos”, no “otorgados” o

¹ Cfr. Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.

² García Ramírez y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 3a. ed., p. XIX.

“concedidos”, y en este sentido insiste en la función de la asociación política como garante de la vigencia y la práctica de esos derechos, según enseñaron los antiguos textos fundacionales de las sociedades liberadas,³ entre ellos nuestras Constituciones, tanto en el alba de la república como a la mitad del siglo XIX.⁴

Volvamos a la justicia penal. El empleo de la expresión “paradigma” en conexión con esta materia sugiere la posibilidad y la necesidad de reflexionar sobre el sentido del proceso penal —instrumento de la justicia penal— en una sociedad democrática —otra cosa sería en una sociedad autoritaria, despótica, opresiva—. Se trata de explorar los aspectos centrales del paradigma procesal penal en una democracia de este tiempo —aquí y ahora—,

³ Así, la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia del 12 de junio de 1776 señala en su artículo III: “Que el gobierno es, o debiera ser, instituido para el bien común, la protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad; de todos los modos y formas de gobierno, el mejor es el capaz de producir el máximo grado de felicidad y seguridad, y es el más eficazmente protegido contra el peligro de la mala administración; y que cuando cualquier gobierno sea considerado inadecuado, o contrario a estos propósitos, una mayoría de la comunidad tiene el derecho indudable, inalienable e irrevocable de reformarlo, alterarlo o abolirlo, de la manera que más satisfaga el bien común”. La Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América menciona en su párrafo segundo del 4 de julio de 1776: “Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad”. En este mismo sentido, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789 establece en el artículo 2o.: “La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.

⁴ El Decreto constitucional para la libertad de la América Mexicana, sancionado el 22 de octubre de 1814 en Apatzingán estableció en su artículo 4o. “Como el gobierno no se instituye para honra o interés particular de ninguna familia, de ningún hombre ni clase de hombres; sino para la protección y seguridad general de todos los ciudadanos, unidos voluntariamente en sociedad, éstos tienen derecho incontestable a establecer el gobierno que más les convenga, alterarlo, modificarlo, y abolirlo totalmente, cuando su felicidad lo requiera”; el artículo 24 agrega: “La felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos consiste en el goce de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad. La íntegra conservación de estos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos, y el único fin de las asociaciones políticas”. Por otro lado, la Constitución Política de la República Mexicana de 1857 refirió desde su artículo 1o. “El pueblo mexicano reconoce, que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia, declara: que todas las leyes y todas las autoridades del país, deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución”.

y en seguida confrontar los desiderata que figuran en aquél con las aplicaciones que constan en un régimen procesal determinado, por ejemplo, el que acogen nuestra Constitución y el consecuente CNPP. De esta forma podremos advertir la mayor o menor distancia que media —o la conformidad total que se plantea, en su caso— entre el paradigma establecido y el ordenamiento expedido.

Dejaré de lado, tomando en cuenta las características de esta exposición, el estudio detallado de los rasgos generalmente atribuidos a los sistemas inquisitivo y acusatorio, así como algunos aspectos de la polémica histórica entre partidarios de cada uno de aquéllos y sostenedores del régimen mixto, que ha sido el más favorecido en el curso de mucho tiempo —sobre todo a partir de la Revolución Francesa y de la codificación napoleónica— y reaparece como telón de fondo. De aquí se debe partir al examen sobre la recepción del sistema acusatorio por parte en la reforma constitucional de 2008 y el CNPP, y los conceptos y criterios que a este respecto aportaron ambos procesos de reforma.

No sobra, sin embargo, recordar que ambos tipos de proceso —el acusatorio y el inquisitivo— tienen raíces históricas muy profundas; aparecieron en diversas épocas y acumularon experiencias de vario género, partidarios y adversarios. De ello da cuenta la conocida y muy documentada descripción que figura en la monumental obra de Vincenzo Manzini, quien sigue la historia de estos regímenes y formula observaciones sobre sus ventajas y desventajas, razones y sinrazones, conforme a los rasgos que cada tipo ofreció en la circunstancia en la que operaron y en el curso de su propio desenvolvimiento histórico.⁵

Aun cuando la atención general sobre la obra revolucionaria de Beccaria se ha dirigido sobre todo a cuestiones conectadas con la legalidad penal, las sanciones —sobre todo, la pena de muerte— y la tortura, el marqués se ocupó en temas procesales, como lo ha destacado Mario Pisani,⁶ que constituye, al decir de Giuliano Vassalli, un “terreno central de la batalla liberadora de Beccaria”.⁷ En este orden de cuestiones, Beccaria impugnó lo que

⁵ Cfr. *Tratado de Derecho procesal penal*, trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Buenos Aires, Librería “El Foro”, 1996, t. I, pp. 34 y ss. Véase la descripción sintética que proporciona Julio Maier, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 3a. reimp., de la 2a. ed., 2004, t. I, pp. 443 y ss.

⁶ “Cesare Beccaria et le proces pénal”, en Varios, *Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy*, Milán, 1988, p. 36.. Asimismo, cfr. Pisani, *Attualità di Cesare Beccaria*, Milano, Giuffrè Editore, pp. 7 y ss.

⁷ “Spunti di politica criminale in Cesare Beccaria”, en Varios, *Cesare Beccaria and Modern...*, *cit.*, p. 25.

se denominó enjuiciamiento “ofensivo”, esto es, inquisitivo, y favoreció el llamado “informativo”, que implica una “indagación indiferente del hecho, según manda la razón”.⁸

En su oportunidad, Manzini dijo que el acusatorio (en beneficio de los necesarios deslindes y matices, agreguemos: acusatorio histórico), un proceso de corte civilista, es “algo muy distinto del ideal de publicidad, de oralidad, etc., sobre el que algunos andan fantaseando”, y relata la suerte de epitafio que puso al acusatorio el artículo 24, parágr. 3, de la Constitución Criminal Teresiana, declarando “enteramente abolido el tal voluntario proceso de acusación por los mencionados y por otros destados motivos y dificultades”. Así —agrega el tratadista italiano— “terminaba una experiencia de muchos siglos”.⁹

Había llegado la hora del inquisitivo, que Manzini describe y al que dedica elogios que no podríamos suscribir si recordamos —sin mengua de las reales o supuestas virtudes que pudo tener hace siglos, en alguna expresión histórica— sus excesos y torpezas en el curso del tiempo. Mencionemos la reflexión del tratadista italiano: el inquisitivo “ofrecía mejores medios que el otro para una eficaz represión de la delincuencia y estaba más en conformidad con el espíritu de los tiempos y del régimen que sucedió al de las llamadas libertades municipales”.¹⁰ Aquella “virtud”, la competencia del sistema para luchar contra la delincuencia y su coherencia con nuevos vientos autoritarios, son los mismos atributos que se han esgrimido para retener variantes inquisitivas —en las normas o en las prácticas— entre los pliegues del proclamado sistema acusatorio.

Ahora me concentraré en el fenómeno que entraña la dialéctica constantemente observada en este ámbito de la vida jurídica, política y social, que se traslada a las soluciones normativas: de un lado, el retiro de derechos, libertades y garantías, en favor del Estado justiciero; del otro, el reconocimiento, la restitución y la ampliación de esos derechos, libertades y garantías del individuo, temas que debemos examinar en conexión con el Código Nacional de Procedimientos Penales.

Lo que nos interesa finalmente, en realidad, es la adopción y efectividad de un modelo de proceso penal democrático, que brinde seguridad y justicia al amparo de los valores y principios acogidos en una sociedad de ese carácter. Este modelo suele identificarse con el sistema acusatorio; su

⁸ Así, en *De los delitos y de las penas*, trad. Juan Antonio de las Casas, estudio introductorio de Sergio García Ramírez, México, Fondo de Cultura Económica, 1a. ed., de la 1a. reimp., 2006, cap. “Del espíritu de fisco”, pp. 255 y 256.

⁹ *Ibidem*, pp. 34 y 49.

¹⁰ *Ibidem*, p. 49.

contrapartida, con el inquisitivo. Miremos a continuación las condiciones que debieran caracterizar al proceso penal congruente con el modelo que pretendemos seguir.

Es preciso que el enjuiciamiento reconozca y exprese el papel del orden penal para la democracia; bien está que sea eficaz, breve, observable, pero ningún rasgo de este carácter formal debiera oscurecer o frustrar su compromiso con los valores propios de una sociedad democrática.

Aquí invocaré la afortunada expresión de César Beccaria en su *Dei delitti e delle pene*, hace un cuarto de siglo, amparado en las ideas liberales que enarboló con fortuna. Si pudiéramos establecer una escala universal de los delitos y de las penas—sostuvo el ilustre milanés—, sabríamos el grado de libertad o de tiranía que prevalece en una sociedad. Y esta idea, desenvuelta a lo largo de *Dei delitti*, culminaría en el teorema general que corona la obra. En suma, Beccaria propuso un orden penal mínimo, insignia del penalismo democrático contemporáneo.¹¹

A ese concepto del Derecho penal mínimo —en su vertiente adjetiva— se conforma el enjuiciamiento de la sociedad democrática. Si el orden punitivo es el último recurso del control social, que debe subir a la escena excepcional y moderadamente, cuando otros remedios han resultado insuficientes para garantizar la seguridad y el imperio de la justicia en las relaciones sociales, la solución procesal formal debiera utilizarse con esa misma excepcionalidad y moderación.

Digamos desde ahora que el discurso que sustenta diversas instituciones compositivas de manejo delicado, alojadas en el basamento procesal constitucional y desenvueltas —con mejor o peor fortuna— en el CNPP, se esfuerza por reconocer este rasgo minimalista del sistema penal, sustituido por métodos extrapenales o para penales que implican menor intervención del Estado y mayor injerencia de los particulares interesados. Ahora bien, es obvio que esas instituciones han de satisfacer —y esta es la gran cuestión que aquí sobreviene— el propósito de justicia que anima al sistema en su conjunto.

El modelo que ahora examinamos, paradigma para la construcción del ordenamiento procesal —y, sobre todo, de la práctica del enjuiciamiento desde el inicio de éste hasta su formal conclusión—, debe cargar el acento en el espacio de las libertades del individuo justiciable, sus derechos y garantías, sus defensas frente a la tentación tiránica que vela en todas las encrucijadas del laberinto penal.

¹¹ Cfr. García Ramírez, *Los reformadores. Beccaria, Howard y el Derecho penal ilustrado*, México, Tirant lo Blanch/Instituto Nacional de Ciencias Penales-Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 66 y 67.

Ya he señalado que en este extremo entran en juego el individuo —la persona, el ser humano— en situación de sumo desvalimiento frente a la sociedad, que lo mira con temor o recelo, y el Estado, que se erige como su acusador, juzgador y verdugo. El valimiento del individuo depende de la solución que aporte el sistema penal y, en éste, la vía procesal. Obviamente no se trata de negar automáticamente toda culpa e imponer la absolución del inculpado, que sería un agravio para la justicia; pero tampoco de sancionarlo sin miramiento, sin reconocimiento de derechos —la plena defensa, entraña del debido proceso— ni despliegue de garantías, que aseguren el juicio justo en bien del inculpado y del conjunto social.

Si se ha de poner énfasis en los derechos y las garantías del inculpado, lo mismo corresponde hacer en relación con la víctima de la conducta ilícita, un personaje frecuentemente olvidado o postergado en el ejercicio penal.¹² Éste sale gradualmente del ostracismo en el que le mantuvo confinado la idea de que la persecución penal corresponde exclusivamente al Estado. El ofendido recupera derechos materiales y, con ellos, derechos procesales —legitimación en actos del enjuiciamiento—, y avanza en el camino de lo que ahora denominamos la “reparación integral”, favorecida en México por la Ley General de Víctimas.¹³

Es claro que el ofendido que pugna por el reconocimiento y ejercicio de sus derechos, debe contar con instrumentos que verdaderamente le permitan alcanzar estos objetivos. A ello obedecen las facultades que le reconocen el CNPP y la Ley de Amparo y las figuras auxiliares que “emparejan” al ofendido con el inculpado, como el asesor jurídico introducido en la preceptiva constitucional y pendiente de aparición suficiente y consolidación en la práctica procesal.

¹² Sobre esta materia en el panorama de América Latina, cfr. Varios, *La víctima del delito en el proceso penal latinoamericano*, Pedro Bertolino (coord.), Instituto Iberoamericano de Derecho procesal, Santa Fé, Argentina, 2003. En esta obra colectiva aparece mi artículo “Situación procesal del ofendido por el delito (Derecho mexicano)”, pp. 391 y ss., que corresponde a una etapa anterior a la normativa constitucional y legal vigente en la actualidad.

¹³ Esta ley apareció en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de enero de 2013. De conformidad con el artículo 27, la reparación integral comprende: 1) La restitución, que busca devolver a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito o a la violación de sus derechos humanos; 2) la rehabilitación, que consiste en facilitar a la víctima los recursos para hacer frente a los efectos sufridos por causa del hecho ilícito; 3) la compensación de todos los perjuicios, sufrimientos y pérdidas económicamente evaluables; 4) la satisfacción, que busca reconocer y restablecer la dignidad de las víctimas; 5) las medidas de no repetición a fin de que el hecho punible o la violación de derechos sufrida por la víctima no vuelva a ocurrir; y 6) en su caso, la reparación colectiva tratándose de grupos, comunidades u organizaciones sociales que hayan sido afectados por la violación de los derechos individuales de sus miembros o cuando el daño comporte un impacto colectivo.

En el mismo conjunto de elementos que concurren a erigir el modelo o paradigma del enjuiciamiento penal en una sociedad democrática se halla todo aquello que permita determinar, revisar y controlar, con justicia y puntualidad, el alcance y el quehacer de Leviatán en el proceso penal, donde comparece como una suerte de “cruzado”: el “defensor de la sociedad”.

El enjuiciamiento correspondiente a un modelo político autoritario ensancha las potestades persecutorias del Estado; el que proviene de las corrientes democráticas —que prosperan al término del siglo XVIII— acota esas potestades de manera que sea posible conciliar legalidad y legitimidad, seguridad y justicia. Las fronteras asignadas al Estado en el modelo democrático —mínimo penal— no van más allá de lo estrictamente necesario para el buen cumplimiento de la función pública en este ámbito.

No pocos penalistas de nuestro tiempo —zarandeado por reclamaciones que harían naufragar o al menos pondrían en severo predicamento el orden democrático, a partir de su vertiente penal— se han ocupado en denunciar los nerviosos movimientos que han generado pasos penales fuera de los principios liberales que informaron esta materia a lo largo del siglo XIX y buena parte del XX. Podríamos decir que estos problemas se hallan en el corazón del debate político-criminal del presente, que coteja las urgencias de la eficacia con las exigencias de la libertad y la justicia. Veamos algunos comentarios en esta dirección, que no podría ignorar el intérprete de las novedades normativas y de sus aplicaciones prácticas en nuestro país, y mucho menos el analista que mira hacia el futuro.

Zaffaroni hace ver que tras el Estado de Derecho vela armas el Estado de policía,¹⁴ y que existe un “avance contra el tradicional derecho penal liberal o de garantías. Se invocan estados de excepción o emergencias justificantes”; entre las características de ese avance figura el “marcado debilitamiento de las garantías procesales”.¹⁵

Por su parte, Perfecto Andrés Ibáñez señala que ciertas respuestas penales frente al fenómeno del crimen y al despliegue de la justicia para combatirlo, “han generado su propio régimen procesal de excepción, formal y de facto”; existe un problema tradicional de “endémica crisis de vigencia de las garantías procesales”; éstas son “bienes escasos”, que forman filas entre los

¹⁴ Cfr. “La justicia como garante de los derechos humanos en México y América Central: la independencia del juez”, en Varios, *La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez*, San José, Costa Rica, Unión Europea/Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), 1995, p. 15.

¹⁵ *El enemigo en el Derecho penal*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 14.

“gastos sociales improductivos”; hay que administrarlas “con sentido de la economía”, a “quienes las merezcan, y, en todo caso, con tiento”.¹⁶

De la opción política liberal y democrática, y de su proyección sobre el Derecho penal y procesal penal, deriva el minucioso régimen constitucional de atribuciones persecutorias del Estado, que se traslada al ordenamiento procesal secundario, el CNPP, y se desenvuelve en él. A este respecto será necesario examinar la legitimidad, pertinencia y extensión de esas atribuciones en cada etapa del procedimiento, a partir de la primera injerencia pública en el espacio de los derechos del individuo: las condiciones y reglas de la investigación —entre ellas, la formulación de la *notitia criminis* y la normativa sobre flagrancia— y el ejercicio de la acción.

La normativa en vigor no siempre atiende a esta exigencia garantista y permite actuaciones cuestionables del órgano de investigación, bajo la idea de que los excesos en una primera etapa del procedimiento serán remediados más tarde —a veces, mucho más tarde, cuando se ha causado un daño irreparable y mayor— por el tribunal. El “modelo” se sobrepone a la “necesidad” y opera desfavorablemente —tal es el riesgo— en la “realidad”. He aquí un punto crucial, en mi concepto, para el análisis de la reforma constitucional de 2008 y sus derivaciones secundarias.

Por supuesto, siempre se requerirá que el paradigma procesal provea los medios para que se haga justicia y se brinde protección a la sociedad —tutela ampliamente reconocida, incluso subrayada por la jurisprudencia interamericana al tiempo de analizar los dilemas de la seguridad, por una parte, y la preservación de los derechos básicos de las personas, por la otra—,¹⁷ protección que no se asegura sólo con disposiciones jurídicas —ya se dijo—,

¹⁶ “Las garantías del imputado en el proceso penal”, en Varios, *Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina*, E.R. Zaffaroni y E. Carranza (coords.), México, Raoul Wallenberg Institute/Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente/Porrúa, 2007, pp. 176 y 177.

¹⁷ La Corte Interamericana sostuvo en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, que “está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda la sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan resultar los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado puede valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral”. *Cfr. Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4, párr. 154. Este criterio ha sido reiterado en los casos: *Godínez Cruz vs. Honduras*, Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C, No. 5, párr. 162; *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C, No. 52, párr. 204; *Durand y Ugarte vs. Perú*, Sentencia de 16 de agosto de 2000, Serie C, No. 68, párr. 69; *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C, No. 70, párr. 174; *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, Sentencia de 7 de junio de 2003, Serie C, No. 99, párr. 86

sino a través de un amplio conjunto de elementos de tutela. Es así que se realiza una genuina defensa social, en el mejor de los sentidos.

Este es un tema crucial para el sistema penal en su conjunto, y particularmente para el orden procesal, frecuentemente asediado por el falso dilema entre la lucha contra el crimen y la defensa de los derechos humanos. El problema se plantea frente a todas y cada una de las que he denominado decisiones políticas fundamentales del sistema penal, que concurren a la orientación general de éste,¹⁸ entre ellas el método para la aplicación al agente del delito de las consecuencias jurídicas correspondientes: el procedimiento penal. Es preciso superar esta supuesta antinomia —alentada por el autoritarismo y la ineficacia— y reconocer la necesidad y posibilidad de enfrentar la criminalidad y preservar los derechos humanos.¹⁹

En el examen del régimen procesal de los Estados europeos, Mireille Delmas-Marty hace notar cómo se enfrentan “de un lado, la eficacia del sistema penal, concebido como sistema de control de la criminalidad (y del lado opuesto, las garantías procesales (*due process*) que transforman el proceso penal en una carrera de obstáculos”. Este debate se manifestó inicialmente en los Estados Unidos; luego, en Europa. La cuestión de las opciones del proceso se refleja aquí “en la oposición entre la eficacia en la investigación de las infracciones y de sus autores, y el respeto de los derechos humanos de la persona”.²⁰ El temor de muchos penalistas —añade la ilustre profesora francesa— “es que la mundialización impone un derecho penal regresivo y opresivo, que sacrificaría la legitimidad con el único objetivo de ser eficaz”.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha ocupado reiteradamente de este asunto e insistido en la obligación estatal de combatir el delito y proteger a la sociedad, tarea que se debe cumplir con estricta observancia de los principios y las normas del Estado de Derecho y con respeto a los derechos humanos.²¹ En el mismo orden interamericano conviene destacar los señalamientos de la Convención contra el Terrorismo y las declaraciones conexas emitidas en el foro en el que aquélla se aprobó,

y *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, Sentencia de 21 de junio de 2002, Serie C, No. 94, párr. 101.

¹⁸ Cfr. García Ramírez, “Panorama de la justicia penal”, en Varios, *La ciencia del Derecho durante el siglo XX*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 718 y ss.

¹⁹ Cfr. García Ramírez, *La reforma penal constitucional. 2007-2008. ¿Democracia o autoritarismo?* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, 3a. ed., 2010, p. XX.

²⁰ *Procesos penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia)*, coord. Mireille Delmas-Marty, trad. Pablo Morenilla Allard, Zaragoza (España), Ed. Eijus, 2000, pp. 40 y 41.

²¹ Cfr. García Ramírez, *El debido proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana*, México, Porrúa, 2012, p. 7.

que destacan la necesidad de mantener incólumes los derechos humanos incluso frente a esas formas exacerbadas de criminalidad.²²

También es preciso analizar —y actuar como corresponda— la congruencia entre el sistema procesal adoptado y la naturaleza de la misión punitiva del Estado, que se debe reflejar en la regulación del enjuiciamiento, y que depende —racionalmente— de la necesidad de preservar con eficacia principios y valores inherentes a la democracia y responder a la demanda general de justicia, cuya insatisfacción trae consigo —como hemos visto, hasta la saciedad— una frustración generalizada y una peligrosa decadencia en la confianza de los ciudadanos, que a su vez engendra fuertes tentaciones autoritarias: el retorno a la “mano dura”; gobernar “con el código penal”, o el retorno a la justicia por propia mano..

Existe un notorio “aire privatizador” con énfasis en la dispositividad de la persecución y de la sanción, reducidas a procesos negociables e incluso prescindibles. Esta privatización, que conduce a soluciones compositivas, se vale de excelentes intenciones y argumentos persuasivos. Ciertamente puede alentar soluciones más liberales en el ámbito de la justicia penal —cuyo carácter de “justicia” se diluye o enrarece—, pero también erosionar o alterar fuertemente los principios, los fines y la eficacia de un orden penal declinante.

Reconozco que esta es una cuestión particularmente compleja, colmada de aristas, y que es difícil —y con frecuencia pudiera resultar errónea— cualquier solución tajante, simplista, que se aporte desde trincheras diversas y contrapuestas. El tema se halla en el centro de la normativa procesal que ahora examinamos. Lo está en el análisis de la reforma constitucional del 2008 y del CNPP, que ha buscado alternativas interesantes, pero sumamente cuestionables y ciertamente cuestionadas, que aún no han probado en los hechos su eficacia y su justicia.

²² En el preámbulo de la Convención Interamericana contra Terrorismo se reafirmó que la lucha contra este delito “debe realizarse con pleno respeto al derecho nacional e internacional, a los derechos humanos y a las instituciones democráticas, para preservar el estado de derecho, las libertades y los valores democráticos en el Hemisferio, elementos indispensables para una exitosa lucha contra el terrorismo”. Asimismo, el artículo 15 dispone que: “Las medidas adoptadas por los Estados parte de conformidad con esta Convención se llevarán a cabo con pleno respeto al estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales”.