

EL NUEVO SISTEMA PENAL EN EL CONSTITUCIONALISMO NEOLEONÉS

José ZARAGOZA HUERTA

1. INTRODUCCIÓN.

El Estado de Nuevo León ostenta como rasgo, la templanza de su gente; que sabe salir adelante frente a las adversidades. Esto, por supuesto dentro del marco de la legalidad. Precisamente, en los últimos años, si hay una entidad federativa que ha procurado adecuar sus normas al desarrollo social, esta es la neoleonesa.

En efecto, a partir del año 2004, durante el periodo del Lic. González Parás comenzaron los trabajos con el propósito de transformar de manera integral el sistema jurídico estatal, destacando de manera particular, el sistema punitivo.

Sin duda que fueron muchos los esfuerzos realizados por parte de los diversos actores que intervinieron aportando propuestas, lográndose un consenso para realizar las correspondientes reformas e iniciar su andadura el naciente sistema jurídico.

Destacamos entre otras acciones, aquellas iniciadas con la reforma a la Constitución del Estado, a los Códigos, sustantivos y adjetivos penales; familiar, civil, Leyes, etc¹. No obstante, quedaron pendientes temas por atender.

Con este antecedente, el Gobierno Federal encabezado por el Presidente Lic. Calderón Hinojosa en el año 2008 presentó una Iniciativa de reforma con el objetivo de llevar a cabo una reforma al sistema penal mexicano, denominada: “De seguridad y Justicia”, en ella se pretende responder

¹ Reseñando las diversas acciones realizadas del momento, vid. GARCÍA HERRERA, C.: *Exposición de motivos de la reforma de justicia penal en el estado de Nuevo León*, (Comp.): Consejo de la Judicatura. Poder Judicial del estado de Nuevo León, México, 2006 *passim*; el mismo: *Exposición de motivos de la reforma constitucional y orgánica del sistema de justicia penal del estado de Nuevo León*, (Comp.): Consejo de la Judicatura. Poder Judicial del Estado de Nuevo León, México, 2006, *passim*.

necesariamente a la democratización institucional del Estado mexicano², así como a la adecuación de las normas a la realidad social, esto como resultado del “evidente” fracaso del vigente sistema penal nacional³, lo que podemos corroborar con datos estadísticos⁴ y del reclamo por parte de la ciudadanía.

Dos son los principios o virtudes⁵ que se potencian con la reforma: la seguridad y la justicia. Elementos con los cuales el Estado mexicano procura proporcionar a cada uno lo suyo⁶.

Ahora bien, no podemos olvidarnos de otros principios que vienen a completar dicha pretensión Estatal. En efecto, entre otros, aludimos: al bienestar común y la solidaridad⁷; lo que permitirá que el ciudadano se configure realmente como destino⁸ de las instituciones jurídico-políticas del Estado Mexicano.

Así pues, con la reforma constitucional, pareciera que, en primera instancia, el Estado mexicano se aleja de aquella justicia retributiva⁹, y pretende

² El estado mexicano con esta reforma se integra al proceso de transformación donde se reafirma el ingreso a la vida cultural democrática tolerante ideológicamente y plural políticamente, vid. GARCÍA DOMÍNGUEZ, M. A.: “Diagnóstico del proceso penal mexicano”, en VV. AA., GARCÍA RAMÍREZ, S./ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, O./VARGAS CASILLAS, L. A. (Coords.): *La reforma a la justicia penal*, UNAN, México, 2006, p. 89.

³ MORENO HERNÁNDEZ, M.: “Principio de ultima ratio o expansión del Derecho Penal”, en VV. AA., GARCÍA RAMÍREZ, S./ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, O./VARGAS CASILLAS, L. A. (Coords.): *La reforma...*, op. cit., p. 308 y sigs; particularmente, nota núm. 3.

⁴ Así, por ejemplo, menos de cinco de cada cien delitos denunciados reciben sentencia en México. Ahora bien, resulta más preocupante el hecho que, actualmente, existe una gran desconfianza por parte de la ciudadanía con respecto a las autoridades, ello debido a la intromisión de los grupos delincuenciales en el aparato de justicia estatal. Al respecto vid. CÁMARA DE DIPUTADOS. LX LEGISLATURA.: *Reforma constitucional de Seguridad y Justicia*, México, 2008, p. 1.

⁵ En criterio de Rawls, y desde la óptica de la Teoría General del Estado Constitucional: “La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales”, cfr. RAWLS, J.: *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, (Trad.): GONZÁLEZ, M. D. Madrid, 1979, p. 19. Críticamente a esta postura, vid. HABERMAS, J.: *Facticidad y validez*, Trad. JIMÉNEZ REDONDO, M. Trotta, Madrid, 2001, p. 124 y sigs.

⁶ Al respecto, vid. NÚÑEZ TORRES, M.: *La capacidad...*, op. cit., pp. 96-97.

⁷ Sobre esta temática vid. AGUILERA PORTALES, R. E./ESPINO TAPIA, D. R.: “Fundamento, naturaleza y garantías jurídicas de los derechos sociales ante la crisis del Estado social”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Núm. 10, año 2006, pp.1-29.

⁸ En este orden de ideas Núñez Torres alude a un nuevo modelo de justicia, y con quien coincidimos, al señalar que: “Se trata de de dos acepciones de justicia. La conmutativa que aparece como una exigencia de la individualidad e cada ser humano, y la justicia social, como impuesta por la llamada cuestión social”. Añadiendo el autor citado que: “Este concepto de justicia, implica un rechazo al individualismo exacerbado que las tesis neoliberales propugnan”. Cfr. NÚÑEZ TORRES, M.: *La capacidad...*, op. cit., p. 95.

⁹ Vid. NEUMAN, E.: *La mediación penal y la justicia restaurativa*, Porrúa, México, 2005, p. 8.

impulsar una justicia que, con independencia de su terminología¹⁰ (distinta¹¹, alternativa¹² y/o restaurativa¹³), su esencia la encontramos en el derecho anglosajón con la denominada *alternative dispute resolution*; misma que demanda estar impregnada de racionalidad¹⁴ y humanismo para las partes intervinientes.

1. LA TRASCENDENCIA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL FEDERAL.

Comenzaremos señalando que la reforma se viene fraguando a partir del año 2006¹⁵, pero inicia su andadura en el año 2008¹⁶; no obstante, se tiene una *vacatio legis* de ocho años en materia penal y tres en el ámbito penitenciario para que haya una unificación a toda la República mexicana¹⁷.

Esto significa que, por razón del Federalismo¹⁸, los Congresos de las Entidades Federativas deberán legislar a su interior para adecuar sus correspondientes normativas.

Toda esta actividad legislativa nos lleva a cuestionarnos: ¿Realmente representa un nuevo paradigma la reforma para la seguridad y justicia mexicana? Consideramos que, en forma general, sí. No obstante, diferimos de algún sector de la doctrina que destaca que el gran aporte de la misma se refiere a la forma del nuevo proceso propuesto en el Texto (oralidad), esto

¹⁰ Vid. WILDE, Z. D./GAIBROIS, L. M.: *Qué es la mediación*, Abeledo-Perrot, Argentina, 1994, p. 1.

¹¹ Vid. PÁSARA, L.: *En busca de una justicia distinta*, (Comp.), 2ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2004, *passim*

¹² Vid. INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES.: *ABC del nuevo sistema de justicia penal en México*, 2ª ed., Dirección de Publicaciones del Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2008, p. 19.

¹³ Vid. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: *Justicia restaurativa*, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 2004, *passim*.

¹⁴ En este sentido, vid. VÁZQUEZ ESQUIVEL, E.: "El poder del imaginario y lo simbólico en la determinación de las ideas de justicia, autoridad y soberanía" en *Conocimiento y Cultura Jurídica*, Año 1, núm. 2, 2ª Época, 2007, p. 46.

¹⁵ Vid. CARBONELL, E. M./OCHOA REZA, E.: *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?* 3ª ed., Porrúa, 2008, p. 1.

¹⁶ En ella participaron en diversos foros todos los actores sociales (especialistas en la materia, ONGs, etc.), políticos y gubernamentales.

¹⁷ Vid. CÁMARA DE DIPUTADOS. LX LEGISLATURA.: *Reforma...*, op. cit., p. 30.

¹⁸ En este sentido. Vid. ERAÑA SÁNCHEZ, M.: "El principio federal y la defensa de la constitucionalidad en México", en VV. AA., TORRES ESTRADA, P. (Comp.): *Neoconstitucionalismo...*, op. cit., pp. 68-72.

es, la introducción de los juicios orales, lo que señalaremos en párrafos siguientes¹⁹.

Si bien es cierto que el nuevo modelo destaca la oralidad, consideramos que el gran aporte de la reforma es, en primer lugar, en la potenciación de derechos y principios que, si bien se contemplaban con anterioridad (pero no se cumplían), ahora deben ser garantizados para las partes intervinientes, en síntesis: “Dar vigencia plena a las garantías individuales y derechos humanos que consagra la Constitución y brindar la seguridad debida a personas y propiedades”²⁰.

En segundo término, entendemos que otro aspecto trascendente de la reforma radica en la búsqueda de salidas alternativas, distantes al Derecho penal. Con ello, se evita acudir inmediatamente al mismo (*prima ratio*), para recurrir, exclusivamente, en casos en los no se haya llegado a un acuerdo entre las partes o bien por circunstancias de gravedad o interés social (*ultima ratio*).

Ahora bien, existen otros aspectos interesantes a señalar que conlleva la reforma, por tanto, pretendemos en este trabajo analizar la misma desde diversas disciplinas: Derecho Constitucional, Derecho Penal, Derecho Procesal, Política Criminal, Derecho Penitenciario y Derecho Comprado.

2. DERECHO CONSTITUCIONAL.

La Carta Magna mexicana establece dentro del Título I, Capítulo I, un catálogo de derechos y garantías de orden personal las cuales puede dividirse en garantías de libertad, igualdad, seguridad jurídica y propiedad²¹.

Por cuanto nos ocupa, atenderemos a las garantías de seguridad jurídica.

Dichas garantías se encuentran consagradas en el máximo ordenamiento jurídico mexicano, destacándose que en las relaciones de los ciudadanos y el Estado debe imperar un absoluto respeto entre ambas partes. Dicho en otros términos, la autoridad solamente puede hacer aquello que la ley le permite hacer expresamente, por el contrario, el particular puede realizar todo aquello que no le esté prohibido²².

¹⁹ En este sentido, vid. IGLESIAS, J.: *Derecho Romano*, 12ª ed., Ariel Derecho, Barcelona, 1999, P. 22.

²⁰ Cfr. CÁMARA DE DIPUTADOS. LX LEGISLATURA.: *Reforma...*, op. cit., p. 1.

²¹ Vid. QUINTANA ROLDÁN, C. F./SABIDO PENICHE, N. D.: *Derechos Humanos*, 4ª ed., Porrúa, 2006, p. 38 y sigs.

²² Vid. QUINTANA ROLDÁN, C. F./SABIDO PENICHE, N. D.: *Derechos...*, op. cit., p 41.

Estas prerrogativas constitucionales interactuarán con otras disciplinas para alcanzar el objetivo primario del Estado de Derecho mexicano relativo a garantizar el respeto y la protección de los derechos de los individuos²³, como veremos en líneas procedentes.

3. DERECHO PENAL.

La convivencia social exige, como hemos indicado, la protección de determinados bienes jurídicos que son de necesario respeto para su estabilidad. Cuando alguno de estos bienes es conculcado da lugar a la manifestación del derecho-deber del Estado de aplicar al individuo, cuya negativa acción ha realizado, una pena que se encuentra previamente establecida en el catálogo punitivo. Para ello, el derecho punitivo se completa con el proceso penal a través del cual se delimita y concreta la responsabilidad criminal del individuo actuante y la pena a aplicar. Todo ello demanda la presencia del actor del hecho delictivo, cosa que no es pacífica y que, salvo en casos de excepción como el de la presentación voluntaria del inculcado, obliga a la aplicación de medidas restrictivas que en la mayoría de los casos resulta ser violenta, pues acudir al Derecho penal es aludir de una u otra forma a la violencia²⁴.

Así pues, el Derecho penal subjetivo²⁵ a través de la imposición de penas se configura como la herramienta principal con la que el Estado, puede interferir la esfera del gobernado y causarle una molestia en su persona²⁶.

²³ Vid. FIGUERUELO BUERRIEZA, A.: "Significado y funciones del Derecho constitucional, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 27, 2003, p. 72.

²⁴ Así, manifestado por Muñoz Conde cuando expresa: "Hablar del Derecho penal es hablar, de un modo u otro, de violencia. Violentos son generalmente los casos de los que se ocupa el derecho penal (robo, asesinato, terrorismo, rebelión). Violenta es también la forma en que el Derecho penal soluciona estos casos (cárcel, internamientos psiquiátricos, suspensiones e inhabilitaciones de derechos". Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Tirant lo Blach, Valencia, 1996, p. 25. P. 29; también recogido en: MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal. Parte general*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 29.

²⁵ Seguimos lo manifestado por Mir Puig quien indica: "el Derecho penal suele entenderse en dos sentidos distintos, el objetivo y el subjetivo. En este sentido objetivo significa el conjunto de normas penales. Subjetivo –también llamado derecho a castigar o *ius puniendi*- es el Derecho que corresponde al Estado a crear y a aplicar el Derecho penal objetivo". Cfr. MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., Julio Cesar Fairsa-Editor, Argentina, 2005, p. 55. Luzón Peña críticamente señala, que con frecuencia, cuando se trata de formular un concepto de Derecho penal, se utiliza dicha expresión en diversos sentidos, vid. LUZÓN PEÑA, D. M.: *Curso de Derecho penal. Parte general I*, Editorial Universitas,

Ahora bien, el Estado en uso de su potestad punitiva (*ius puniendi*) debe imponer penas o medidas de seguridad ante la comisión de delitos, pero observando una serie de principios rectores que lo justifican, fundamentan y limitan²⁷, evitando que se comenten los abusos existentes hasta finales del siglo XVIII²⁸.

La reforma, en nuestra opinión, en lo concerniente al ámbito punitivo introduce instituciones que nos llevan a concebir la existencia de un doble tratamiento penal estatal frente aquella delincuencia que pretende trastocar el Estado de derecho²⁹ (derecho penal del enemigo³⁰, de dos velocidades³¹ o derecho ordinario y extraordinario³²).

Madrid, 1996, p. 9. Abordando esta temática, vid. MIR PUIG, S.: *Estado, pena y delito*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2006, p. 3.

²⁶ No entramos al debate de la autonomía o accesoriedad del Derecho penal, al respecto, vid. LUZÓN PEÑA, D. M.: Curso..., op. cit., p. 71.

²⁷ Sobre esta temática, ampliamente, vid. LUZÓN PEÑA, D. M.: Curso..., op. cit., p. 77 y sigs.

²⁸ Debemos recordar que la evolución de la penalidad ha tenido como rasgo de identidad los abusos que, desde la antigüedad, han existido para quienes cometían un pecado o trasgredían la Ley. Así, en las etapas de la venganza privada y pública se realizan atrocidades a la persona que trastoca el orden establecido. Vid. MELGOZA RADILLO, J.: *La prisión. Correctivos y alternativas*, Editorial Zarahemla, Morelia, 1993, p. 16 y sigs. Abusos no cuestionados sino hasta la llagada del pensamiento ilustrado que pugna por la humanización de las penas, surgiendo con ello, "un nuevo humanismo ilustrado, ofreciendo críticas y principios innovadores al régimen represivo de la época. Actualmente, la función del Derecho penal está vinculada de manera muy estrecha a las concepciones sobre su legitimidad. Vid. BACIGALUPO ZAPATER, E.: "La función del Derecho penal y las teorías de la pena", en VV. AA., ZAMORA JIMÉNEZ, A. (Dir.): *Estudios Penales y Política Criminal*, Ángel editor, México, 2006, p. 21.

²⁹ Así lo ha sentado García Valdés quien luego de haber sido víctima cuando se desempeñaba como Director General de Instituciones Penitenciarias (España) señaló que la misma constituye una de las más grandes amenazas del Estado de Derecho contemporáneo, explicando que no es "sólo por la injustificada crueldad de las acciones mediante las que se exterioriza, ni por sus dolorosas e indiscriminadas consecuencias, ni siquiera por su desesperante reiteración, sino también, y fundamentalmente, porque es finalidad esencial de los grupos y bandas terroristas -a la que dirigen su probada capacidad delictiva- la consecución de un efecto de indudable mayor trascendencia: la subversión de ese modelo de Estado democrático de Derecho". Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Derecho penitenciario (Escritos, 1982-1989)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pp. 213. Sobre esta temática, vid. BARBA ÁLVAREZ, R.: "La criminología en el estudio de la delincuencia organizada", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 75, 2001, pp. 627-652.

³⁰ Vid. JAKOBS, G./MELIÁ, C.: *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Thomson Civitas, Navarra, 2006, *passim*.

³¹ Al respecto, vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 91.

³² GARCÍA RAMÍREZ, S.: *La reforma penal constitucional*, Porrúa, 2009, p. 52.

Esto es comprobable pues como veremos en párrafos procedentes, existe un doble fin de las penas privativas de la libertad, en primer término, el relativo a la reinserción social y, en segundo lugar, la custodia de aquellos delincuentes pertenecientes a la delincuencia organizada, etc.

Ahora bien, si realmente se pretende dar un vuelco al humanismo penal pregonado tres siglos atrás por el pensamiento Beccariano³³, se debe mirar hacia un garantismo penal³⁴, observándose con ello los principios que lo fundamentan³⁵, toda vez que en la actualidad nacional, la política criminal se dirige, como certeramente indica Barba Álvarez³⁶ retomando las tesis de su maestro Ferrando Mantivoni, hacia un producto desorientado del principio de ofensividad denominado en términos de Jackobs, derecho penal del enemigo, donde contrariamente, como afirma el propio Mantovani: “en un derecho penal civilizado no debería existir ni enemigos ni amigos, sino solamente inocentes y culpables”³⁷.

4. DERECHO PROCESAL.

Las relaciones de una comunidad social (particularmente, con la incidencia de la globalización) requieren un desenvolvimiento donde el imperio de la ley y la razón se configuren como la piedra angular, pues de lo contrario, la subsistencia de la irracional ley del más fuerte, así como la actuación ciudadana por hacerse justicia por su propia mano, se configurarían como la forma de solventar las controversias que surgieran en el seno social, impidiendo el acceso a la justicia³⁸.

³³ Al respecto, BECCARIA, C.: *De los delitos y de las penas*, ed. Tomás y Valiente T., Madrid, 1969, 3ª reimp. 1979, *passim*; FIGUEROA NAVARRO, M. C.: “Bibliografía evaluada” en VV. AA., GARCÍA VALDÉS, C. (Dir.): *Historia de la prisión. Teorías economicistas. Crítica*, Edisofer, Madrid, 1997, p. 11.

³⁴ Aludimos al modelo garantista propuesto por Ferrajoli, al respecto, vid. FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trads. IBÁÑEZ, P. A./ RUIZ MIGUEL, A./BAYÓN MOHINO, J. C./ TARRADILLOS BASOCO, J./CANTARERO BANDRÉS, R., Trotta, Madrid, 1995, pp. 851 y sigs. Sobre este tema, vid. BARBA ÁLVAREZ, R./GORJÓN GÓMEZ, F. J.: “Apuntes sobre el Derecho Penal Mínimo vs Derecho Penal Simbólico en el Código Penal”, en VV. AA., ZAMORA JIMÉNEZ, A.: (Dir.): *Estudios...*, op. cit., p. 501 y sigs.

³⁵ Vid. ROXÍN C./ARTZ, G./TIEDEMANN, K.: *Introducción al Derecho penal y al Derecho procesal penal*, Ariel Derecho, España, 1989, p. 22.

³⁶ BARBA ÁLVAREZ, R.: *Derecho penal de la ofensa como principio recodificador*, Ángel editor, México, 2010, p. p. 105 y sigs.

³⁷ MANTOVANI, F.: *Diritto penale, Parte Generale*, Padova, 2005, p. 204.

³⁸ Vid. GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, Cuadernos Civitas, Navarra, 2009, pp. 29-30.

Justicia que debe ser garantizada por el Estado a través de tres institutos jurídicos indispensables³⁹: jurisdicción (Poder Judicial), acción (Derecho a la tutela judicial) y proceso (instrumento único para el ejercicio de la potestad jurisdiccional)⁴⁰.

Existe una actuación concatenada que somete a diversos actores⁴¹; así, por ejemplo, se establece una organización de funcionarios públicos encargados de resolver conflictos jurídicos y de imponer su resolución por la fuerza; asimismo, se reconoce, a favor de los sujetos enfrentados en un litigio, la posibilidad de poder acceder a funcionarios judiciales para trasladarles sus conflictos y obtener de ellos una resolución y, finalmente, se garantiza un instrumento que permita a aquellos funcionarios conocer los términos del conflicto que hayan de resolver para que en caso de existir versiones contradictorias por parte de los contendientes para determinar cuáles de los términos han de considerarse acreditados como ciertos⁴².

A continuación comentaremos algunos de los aspectos más importantes que inciden en el nuevo proceso penal⁴³ (*corpus crimini, corpus instrumentorum, corpus probatorium*⁴⁴):

A. Instauración de juicios públicos y orales.

El objetivo central de la reforma radica en evitar acudir al procedimiento jurisdiccional de manera inmediata evitándose con ello saturar el sistema punitivo, se opta entonces por racionalizar al mismo recurriendo a la justicia alternativa, es decir, agotar otras instituciones que permitirán llevar a juicio solamente aquellos casos que por necesidad deban de ser ventilados, los cuales se realizarán en forma oral⁴⁵.

³⁹ Justicia que para Carnelutti debe ser satisfecha en todo caso, vid. CARNELUTTI, F.: *Cómo se hace un proceso*, p. 113.

⁴⁰ Al respecto, vid. Vid. GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Constitución...*, op. cit., p. 30 y sigs.

⁴¹ Vid. CARNELUTTI, F.: *Cómo...*, op. cit., *passim*

⁴² Vid. GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Constitución...*, op. cit., pp. 30-31.

⁴³ Comentando la importancia del proceso, vid. CARNELUTTI, F.: *Cómo nace el Derecho*, Trad. SENTIS MELENDO, S./AYERRA REDÍN, M., Temis, Colombia, 2005, p. 58.

⁴⁴ Vid. ZAMORA JIMÉMEZ, A.: *Cuerpo del delito y tipo penal*, Ángel Editor, México, 2007, p. 40.

⁴⁵ Analizando esta materia, entre otros, vid., HERRERA AÑEZ, W.: "El nuevo proceso penal desde la perspectiva constitucional", en VV.AA., *El nuevo sistema procesal penal*, Kipuus, Cochabamba, 2003, p. 9 y sigs; CASANUEVA REGUART, S. E.: *Juicio oral. Teoría y práctica*, Porrúa, México, 2007, *passim*; ARANDIA GUZMÁN, O.: *Juicio oral en el proceso penal*, 3ª ed, Bolivia, 2003, *passim*; CARBONELL, E. M./OCHOA REZA, E.: *¿ Qué son...*, op. cit., *passim*.

Como hemos señalado con anterioridad, consideramos que la oralidad no es el gran aporte de la reforma sino el hecho de potenciar los diversos de principios rectores y que se relacionan con la misma: a) contradicción; b) publicidad; c) concentración; d) inmediatez; pero además, hay que tener presente que la reforma introduce una nueva cultura jurídica que implica cambios trascendentales para los todas las partes intervinientes (inculpado, víctima u ofendido, operadores jurídicos, etc.).

B. Creación de un Juez de control.

La inclusión en la normativa mexicana de la presente institución responde a principios democráticos⁴⁶, así como a criterios humanizadores, toda vez que el juez garantizará el respeto los Derechos Humanos de las personas intervinientes en el procedimiento penal, así como constatar que las actuaciones de las partes se realicen con apego a la legalidad, hasta antes del juicio.

Debemos poner de relieve dos funciones más que puede desempeñar el juez del control:

Ordenar de manera inmediata a solicitud del Ministerio Público restricción de algunos derechos del inculpado con motivo de la investigación.

Supervisar los convenios conciliatorios.

C. Solicitud del ejercicio de la acción penal sin intervención del Ministerio Público.

En casos de permisión legal las víctimas u ofendidos pueden acudir al juez para ejercer la acción penal, sin necesidad de iniciar una averiguación previa o investigación en una Agencia ministerial.

D. Fortalecimiento de la investigación del delito a cargo de la policía, bajo la condición jurídica del Ministerio Público.

La consecución de una investigación científica eficaz que arroje resultados necesarios tratándose de la persecución de los delitos es ocupación de la reforma. Si con anterioridad existía una descoordinación en las actividades

⁴⁶ En los Estados Democráticos como el mexicano, la actividad realizada por los Poderes gubernamentales a través de sus funcionarios debe ser vigilada por diversos mecanismos y sometida a medios de control. En este sentido, Figueruelo Burrieza señala: "en el moderno Estado de Derecho, es el juez y, en general la potestad jurisdiccional por él ejercida, la mejor garantía para la corrección y medida de los supuestos de delimitación de de los derechos". vid. FIGUERUELO BUERRIEZA, A.: *La ordenación constitucional de la justicia en España*, Colombia, 1999, p.13.

realizadas por la policía y la autoridad ministerial; ahora, se pretende clarificar las funciones de ambas instituciones, otorgando autonomía técnica y funcional a la policía durante la investigación de las conductas antijurídicas, bajo la dirección del Ministerio Público. Definitivamente, lo que se pretende durante el proceso penal es que se produzca la búsqueda de un equilibrio entre la eficacia de la persecución de los delitos y el necesario respeto de una serie de garantías constitucionales que permiten que la expresión de un <juicio justo> alcance su máxima consideración⁴⁷.

E. Introducción del principio de oportunidad del Ministerio Público

Al amparo de este principio la representación social tiene la posibilidad de no iniciar o bien no continuar penalmente un asunto por carecer de interés público. Esto solamente podrá llevarse a cabo con base a determinados condicionamientos preexistentes como la baja peligrosidad por parte del sujeto activo del delito así como la cuantía (menor) del ilícito penal; frente a estas circunstancias será posible renunciar a la vía penal optando por que se garantice y vigile, en todo momento, la reparación del daño causado a la víctima repercutiendo en evitar ventilar un proceso que resultaría más gravoso para las partes y para el Estado.

F. Protección de los Derechos humanos de los inculpados.

Un avance del nuevo sistema de justicia mexicano que se introduce con la reforma es la protección “real” de los derechos humanos de los inculpados. Dicho objetivo se materializa mediante una serie de argumentos plasmados en la Ley, destacando entre otros:

Se potencia el principio de presunción de inocencia y se elimina la denominada necesidad social que la justifica⁴⁸; empero, en atención a los principios de un Estado Social y Democrático de Derecho como el mexicano, y cumpliendo, en este caso, el mandato constitucional reformado, las normas del régimen preventivo deberán de estar precedidas por la idea

⁴⁷ Vid. RIANO BRUN, I.: *La instrucción criminal en el proceso penal*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, p.13.

⁴⁸ Vid. CARRARA, F.: “Inmoralidad de la prisión provisional”, Trad. de Quintanar, M.: *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 67, 1999, p. 8. García Ramírez deja claramente plasmado el reproche que se hace a la prisión preventiva cuando indica que la prisión preventiva implica una paradoja de solución difícil, pues en este caso se sanciona para saber si se puede sancionar, se detiene para saber si se debe detener. Vid. GARCÍA RAMÍREZ, S.: *Manual de prisiones*, Porrúa, 2006, México, p. 524.

de intervención mínima, en el sentido que se establezcan solamente las limitaciones estrictamente imprescindibles para cumplir el objetivo de que el individuo permanezca a disposición de la autoridad judicial que ha decretado el internamiento solo en los casos en los cuales resulte necesarios. La defensa de un inculpado será llevada a cabo por un profesional del Derecho, lo que garantiza que aquellas personas que carecen de una titulación en derecho pero con conocimientos prácticos de la ciencia jurídica se vean imposibilitadas a llevar a cabo la defensa, toda vez que anteriormente cualquier persona de la confianza del inculpado podría realizarla ocasionando, en muchas ocasiones, complicar el asunto en disputa.

G. Ampliación de los derechos de la víctima u ofendido.

Hemos señalado *supra* que el Estado mexicano se erige en la actualidad como una Estado social, democrático de derecho, siendo su principal postulado garantizar los derechos de los individuos. Tales prerrogativas se diversifican, atendiendo necesidades sanitarias, laborales, educativas, sociales, etc.

La reforma plasma la voluntad del legislador por configurar al Estado mexicano como el garante del tema de la seguridad y justicia nacional, impulsando, particularmente en el proceso penal, el reconocimiento y la protección de los derechos humanos⁴⁹ (garantías individuales⁵⁰, derechos fundamentales⁵¹, etc.), de las partes intervinientes. Aquí, el punto medular de la reforma constitucional federal: se ocupa en igualdad de condiciones a los inculpados, víctimas u ofendidos⁵².

Si con anterioridad a la reforma constitucional se prestaba mayor atención al inculpado relegándose a la víctima u ofendidos del delito, hoy se pretende atender en igualdad de condiciones a la víctima u ofendido. Para ello se

⁴⁹ Vid. QUINTANA ROLDÁN, C. F./SABIDO PENICHE, N. D.: Derechos..., op. cit., P. 37 y sigs.

⁵⁰ Críticamente la naturaleza de las garantías individuales, vid. FIX FIERRRO, H.: "Comentarios al artículo 1º constitucional". En VV. AA., *Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, Tomo V, Miguel Ángel Porrúa, México, 2000, pp. 7-8.

⁵¹ Abordando la distinción derechos humanos-derechos fundamentales, ampliamente, vid. ZAVALA DEALBA, L.: "Los derechos fundamentales ante el (neo) constitucionalismo, en VV. AA., TORRES ESTRADA, P. (Comp.): *Neoconstitucionalismo...*, op. cit., pp. 243-263.

⁵² En esta tesitura vid. INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES.: *ABC del nuevo sistema...*, op. cit., pp. 25, 27.

conceden y amplían derechos previstos en las normas internacionales y que, de acuerdo a la Constitución General de la República deben reconocerse e instrumentarse al interior del Derecho nacional. Así entre estas prerrogativas encontramos:

- “solicitar directamente la reparación del daño, sin menoscabo de que el Ministerio público pueda hacer los propio.
- Solicitar la revisión, por parte de un juez, de las acciones y omisiones del Ministerio Público, mediante un procedimiento ágil, que vigile que la investigación se desarrolle con puntualidad, certidumbre y eficacia.
- Solicitar al juez que dicte medidas que ayuden a su protección, así como a la restitución de sus derechos. Esto, sin necesidad de esperar el final del juicio”⁵³.

H. Limitación al arraigo.

Mucho se ha discutido con relación a la naturaleza del arraigo en México⁵⁴. Al mismo se le había catalogado de inconstitucional por encontrarse ausente en Carta Magna, lo que era contrario a las políticas públicas desarrolladas en las democracias modernas, como el caso mexicano⁵⁵. Siguiendo estos postulados pareciera entonces, que todo lo que no se encuentre previsto en la Constitución Federal carece de reconocimiento jurídico, siendo esta la justificación de la reforma al señalar que resultaba necesario “constitucionalizar” la presente institución, esto es, si se prevé en el texto jurídico deja de ser inconstitucional, lo que consideramos erróneo (aquí encontramos la razón por la cual a la misma se le han realizado más de cuatrocientas cincuenta reformas desde su entrada en vigencia).

Consideramos que no es necesario que todo instituto jurídico deba estar insertado en el máximo ordenamiento jurídico mexicano. Esto lo han dejado claro los constitucionalistas que se han abocado al análisis de la

⁵³ Cfr. INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES.: ABC del nuevo sistema..., op. cit., p. 25.

⁵⁴ Sobre esta materia, vid. OJEDA VELÁSQUEZ, J.: *Derecho constitucional penal*, México, Porrúa, 2005, Vol. 1, p. 275; VÁZQUEZ ESQUIVEL, E.: El poder..., op. cit., p. 46.

⁵⁵ Tema de amplio dominio por parte de Prado Maillard quien destaca el interés del Estado mexicano por suscribirse al círculo de las democracias pluralistas en la década de los años 80, vid. PRADO MAILLARD, J. L.: “La voluntad soberana en el ejercicio del poder”, en VV. AA., CIENFUEGOS SALGADO, D./LÓPEZ OLVERA, M. A. (Coords.): *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz*, UNAM, México, 2005, p. 205.

Constitución de mínimos⁵⁶, quienes entienden que la misma debe contener simplemente las bases para que, por vía secundaria, se desarrollaren los postulados constitucionales.

La figura del arraigo introducido en la reforma, en nuestro criterio, se encuentra impregnada de los fundamentos doctrinales que aluden al Derecho penal del enemigo, pues ésta detenta los tres elementos que lo caracterizan⁵⁷. Esto lo podemos corroborar pues se limitan al máximo los derechos de los individuos catalogados como enemigos del Estado, pertenecientes a determinados grupos o bandas terroristas, delincuencia organizada o delincuentes altamente peligrosos, al negárseles el principio de presunción de inocencia para impulsar el de culpabilidad.

I. Proporción de las penas.

El surgimiento del Derecho penal moderno, humanista e ilustrado italiano⁵⁸ introdujo una serie de derechos entre los que ponemos de relieve, en esta ocasión, la proporcionalidad entre los delitos y las penas⁵⁹, que generó “certidumbre” jurídica a finales del siglo XVIII.

Debemos poner de relieve que, en nuestro criterio, el Estado mexicano padece de incertidumbre jurídica toda vez que se carece de una normativa uniforme y, por el contrario, existe cualquier cantidad de textos punitivos (para cada Entidad Federativa, Distrito Federal y en el ámbito federal) que generan una flagrante vulneración al principio de certeza jurídica y proporcionalidad, al asignarse a un tipo penal una penalidad que varía de una entidad a otra⁶⁰, lo que resulta incomprensible e irracional⁶¹.

⁵⁶ Al respecto, vid. NÚÑEZ TORRES, M.: “La constitucionalidad de los MASC” en VV.AA., GORGÓN GÓMEZ, F. J.: (Edit.): *Mediación y arbitraje*, Porrúa, México, 2009, p. 213-215.

⁵⁷ Vid. JAKOBS, G./MELIÁ, C.: *Derecho...*, op. cit., pp. 111-112.

⁵⁸ En teso sentido, vid. GARCÍA VALDÉS, C.: “Una nota acerca del origen de la prisión”, en VV. AA., GARCÍA VALDÉS, C. (Dir.): *Historia...*, op. cit., p. 399.

⁵⁹ Vid. GARCÍA RAMÍREZ, S.: *Estudios Jurídicos*, UNAM, México, 2000, p. 447 y sigs.

⁶⁰ Por ello es que en este ámbito como en otros se han venido elevado las voces por unificar los cuerpos legales mexicano, en este orden de ideas, con referencia a la normativa penitenciaria nacional, vid. ZARAGOZA HUERTA, J.: “Promulgar una Ley Federal Penitenciaria”, en VV.AA., TORRES ESTRADA. P. R./BARCELÓ ROJAS, D. A. (Comps.): *La reforma del Estado*, Porrúa, México, 2008, pp. 265 y sigs.

⁶¹ Vid., al respecto, VÁZQUEZ ESQUIVEL, E.: *El poder...*, op. cit., p. 46.

Si aplicamos el método histórico⁶² veremos cómo a finales del siglo XVIII, con el surgimiento del pensamiento liberal, se “arranca a la potestad soberana”, las decisiones arbitrarias para pugnar por un reconocimiento equitativo entre delito y pena.

Actualmente, dicha institución procesal contiene elementos similares a los previstos siglos atrás; no obstante, consideramos, que ello no se ha cumplido plenamente, por existir una diversidad de textos penales⁶³. Por ello, es que la reforma constitucional pretende unificar los baremos de punibilidad para determinados tipos penales en todo el país mermando con ello la impunidad y flagrante injusticia.

J. Introducción de mecanismos de solución de controversias.

La reforma hace gala de otra de sus innovaciones, la justicia alternativa. ¿Qué implica la misma? La misma responde a criterios de utilitarismo y eficacia jurídica⁶⁴. Finalmente, a la víctima u ofendido de “determinados delitos”, les interesa más ser resarcidos en su menoscabo personal u económico, y evitar “tortuosos” procedimientos que propician la intervención de algunos actores del proceso penal que lo alargan y entorpecen.

Con estas alternativas de solución de conflictos jurídicos⁶⁵ se procura realmente que se alcance el ideal de justicia a través del diálogo y la voluntad de las partes, lo que conlleva a propiciar una nueva visión y

⁶² Al respecto, vid. GORJÓN GÓMEZ, F. J./SAENZ, C.: *Tesis doctorales en ciencias sociales*, Serrano Editorial, Cochabamba, 2005, p. 17; PONCE DE LEÓN ARMENTA, L.: *Metodología del derecho*, Porrúa, México, 2006, p. 74 y sigs.

⁶³ Así, por ejemplo, podemos señalar que en la República mexicana el delito de Bigamia se encuentra contemplado en algunos textos punitivos estatales (Michoacán, Aguascalientes) y en otros no se prevé (Nuevo León, Coahuila).

⁶⁴ Frente al exceso de asuntos jurisdiccionales resulta indispensable introducir, además de los existentes, nuevos mecanismos (incluso existentes en otros tiempos pero adecuados a la realidad mexicana) que permitan potenciar la resolución de los conflictos entre particulares que se presenten ante las autoridades panameñas; por ello en el nuevo modelo de justicia mexicano se viene a consolidar una cultura de diálogo entre las partes intervinientes (victimario, víctima y sociedad), observándose a cabalidad el principio de *ultima ratio* penal y siguiéndose las modernas tendencias que muchos países han instrumentado en sus normativas y que han dado excelentes resultados.

⁶⁵ Así, por ejemplo, un sector de la doctrina alude a medidas alternativas de solución de controversias o métodos alternativos de solución de controversias. Sobre esta materia, ampliamente, vid. GORGÓN GÓMEZ, F. J./STEELE GARZA, J. G: *Métodos alternativos de solución de conflictos*, Oxford, México, 2008, *passim*; PÁSARA, L.: En busca..., op. cit., *passim*; NEUMAN, E.: La mediación..., op. cit., *passim*

concientización de la sociedad frente a este tipo de conductas tipificadas como delitos “menores”.

K. Suspensión del proceso bajo condición.

Sin duda que la presente institución se corresponde con los institutos análogos previstos en otros modelos de Derecho comparado, y que potencian soluciones justas para las partes. Esto significa que podrá, hasta antes de continuarse con un largo proceso penal y, con posterioridad, dictarse sentencia, concluirse el mismo de acuerdo con las vías que para tales fines se contengan en las normas instrumentales (trabajo a favor de la comunidad, prohibición de trasladarse a un lugar determinado, etc.).

Con lo anterior advertimos cómo el Estado mexicano se aleja paulatinamente, acudir *prima ratio* al derecho penal para dar paso a otras vías.

L. Suspensión del procedimiento ante el reconocimiento de participación en el delito.

El reconocimiento de la comisión de un delito por parte del inculpado es un derecho que se reconoce en la reforma, a no ser que se trate de una conducta flagrante, entonces podrá abreviarse el procedimiento, con las ventajas que la supresión del mismo conlleva (economía, tiempo, personal). No obstante, es potestad de inculpado, continuar el procedimiento si esa es su voluntad, ventilándose cada una de las etapas del mismo.

M. Explicación pública de las sentencias.

Con la presente acción, la reforma pretende dar fin al oscurantismo procesal que generaba complicaciones para las partes, el Estado y la ciudadanía, pues los criterios con los cuales fundamentada una sentencia el juzgador, en muchas ocasiones no eran precisados.

Ahora, se exige al juez que en audiencia pública fundamente (razone) la sentencia con la cual pone fin al juicio, con independencia de cuál sea el fallo; se impulsa con ello el principio de certeza jurídica y quedan zanjadas las malas interpretaciones.

5. POLÍTICA-CRIMINAL⁶⁶.

Fortalecimiento del Sistema de Seguridad Nacional.

El tema de la seguridad nacional es una prioridad para todo Estado. Particularmente, en el caso mexicano dicha necesidad surge como consecuencia de las demandas ciudadanas frente al incremento de la delincuencia común y organizada en el país.

Ante la ausencia de una eficaz política preventiva⁶⁷, habrá que fortalecer las vías que hacen frente a la delincuencia y a la consecuente inseguridad. Ahora se pretende hacer lo que lustros atrás se ha venido señalando, profesionalizar a los diversos cuerpos de seguridad en sus tres niveles y depurar las instituciones de seguridad, teniendo como eje rector de las funciones la “coordinación policial”, para ello se establecerán bases de datos que serán compartidos entre los tres niveles de gobierno que incluirán todo tipo de datos relativos con la actividad criminal y su prevención.

Así, pues, coordinar las acciones de los diversos cuerpos e instituciones policiales es el reto que se pretende salvar con la reforma con el único objetivo de salvaguardar a la sociedad mexicana.

A. Impulso a la prevención del delito.

La prevención del delito es la actividad que debe priorizar el Estado mexicano. Con ella, la represión y punición del mismo pasan a un segundo término.

El reto de la reforma es disminuir la actividad delictiva, para lo cual resulta indispensable acudir, en primer término, al auxilio de la criminología, ciencia que busca explicaciones a este fenómeno de la criminalidad y pretende instrumentar medidas tendentes a evitar o bien atenuar delitos⁶⁸.

⁶⁶ Al respecto, entre otros, vid. MORENO HERNÁNDEZ, M.: “Cuestiones actuales de política criminal”, en *Revista de Política Criminal y Ciencias Penales*, núm. Especial 1, 1999, P. 128; ROMEO CASABONA, C. M.: “La vinculación dogmática penal y política criminal”, en *Revista de Política Criminal y Ciencias Penales*, núm. Especial 1, 1999, p. 192.

⁶⁷ Aludimos a una prevención *lato sensu*, es decir, a políticas públicas estatales que se ocupan de manera integral en las necesidades de los diversos sectores sociales, al respecto, GONZÁLEZ-ARÉCHIGA, B.: *Políticas públicas para el crecimiento y la consolidación democrática 2006-2012. Propuestas para la gobernabilidad, el federalismo, el empleo con estabilidad la igualdad de oportunidad*, (Coord.), Editorial del Tecnológico de Monterrey, México, 2006, *passim*

⁶⁸ Marchiori analizando las principales razones de estudio de la prevención por parte de la criminología expresa: son muchas los motivos por los que la prevención es tema central de la criminología, así entre

En nuestro criterio, la prevención delincinencial podrá llevarse a cabo aplicando varios modelos⁶⁹. Con independencia de aplicar cualquier otro, consideramos indispensable para alcanzar el mencionado objetivo, en primer lugar, desarrollar un modelo prestacional, que atienda a las necesidades sociales de los individuos, haciendo énfasis en los programas de vivienda, capacitación, empleo y prestando especial atención a los jóvenes; en segundo término, utilizar el modelo preventivo comunitario el cual fomenta la participación activa de los vecinos para la transformación de su propio barrio o zona de residencia; y finalmente, usar el modelo de seguridad urbana, que responde a las demandas sociales motivadas por un crecimiento descontrolado de las ciudades, que genera exclusión, marginidad y delincuencia⁷⁰.

B. Destino de los bienes objeto de utilización por parte de la delincuencia organizada.

La lucha contra la delincuencia organizada o terrorista no permite concesiones por parte del Estado, máxime si se tienen presentes sus objetivos, los que consisten en trastocar las instituciones públicas vigentes⁷¹, por ello, en la reforma se instrumentan mecanismos que permitan tener una eficaz política criminal que incida en la disminución de las actividades delincuenciales.

El instrumento aludido es el procedimiento de extinción de dominio donde: “el juez podrá resolver que los bienes económicos que hayan sido instrumento, objeto o producto de la delincuencia organizada, o que hayan sido utilizados para ocultar o mezclar bienes ilícitos —sin importar a nombre de quien estén—, pasen a ser propiedad del Estado y sean utilizados

otros aspectos destaca: a) el incremento de una delincuencia agravada en las modalidades delictivas y aparición de nuevas formas de criminalidad; b) los daños ocasionados en las víctimas y en la sociedad; c) la impunidad de accionar de los delincuentes. Criminalidad organizada; d) la vulnerabilidad de las víctimas; e) los altos costos económicos y sociales que provoca la delincuencia; f) el colapso institucional policial y de administración de justicia; g) el fracaso del sistema penitenciario en la recuperación individual y social del delincuente; h) la carencia de una asistencia y ayuda a las víctimas de los delitos”. Cfr. MARCHIORI, H.: *Criminología. Teorías y pensamientos*, Porrúa, México, 2004, pp. 157-158.

⁶⁹ Tomamos algunos de los modelos descritos por Marchiori. Vid. MARCHIORI, H.: *Criminología...*, op. cit., p. 159.

⁷⁰ Vid. MARCHIORI, H.: *Criminología...*, op. cit., p. 159.

⁷¹ Al respecto, vid. GARCÍA VALDÉS, C.: *Derecho...* op. cit., p. 213.

para financiar la lucha contra el crimen, así como servicios médicos y sociales”⁷².

6. DERECHO PENITENCIARIO.

El Derecho penitenciario también se ve impregnado por la reforma. Al ámbito prisional mexicano se establece una *vacatio legis* de tres años, a partir de su entrada en vigor, para introducir en las legislaciones estatales los cambios que en la normativa federal se introducen.

Queda claro que nos enfrentamos a un doble discurso punitivo, pues ahora quienes se encuentren expurgando una pena privativa de libertad serán aquellos individuos “etiquetados” como altamente peligrosos o pertenecientes a la delincuencia organizada o grupos terroristas, a quienes además, se les restringirán la totalidad de derechos, lo que contradice el nuevo fin primario de las instituciones penitenciaria del país, el relativo a la “reinserción social del interno”, mismo que tiene como destinatario aquella delincuencia catalogada de común, a la cual sólo se pretende reinsertar a la sociedad a través del trabajo, la instrucción, la educación, la salud y el deporte como medios para su consecución; pues baste destacar que no fue posible lograr la readaptación social del delincuente prevista como eje central del penitenciarismo mexicano hasta antes de la reforma del año 2008.

Dentro de los cambios que se advierten destacamos:

A. Restricción de la prisión preventiva, endurecimiento del cumplimiento de penas y beneficios penitenciarios.

La restricción de la prisión provisional viene a potenciar el principio de presunción de inocencia, y queda solamente aplicable para aquellos casos en que las medidas preventivas no sean suficientes para garantizar la presencia del acusado a las audiencias⁷³, y dirigida, particularmente, para individuos o

⁷² Cfr. INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES.: ABC del nuevo sistema..., op. cit., p. 45.

⁷³ En la literatura jurídica española se utiliza para denominar esta institución, la expresión prisión preventiva. Así denominada en el Código penal, en el Código Penal Militar y en la Ley Orgánica General Penitenciaria. La Constitución y la Ley de Enjuiciamiento Criminal utilizan la de prisión provisional. No existe problema de fondo pues ambas titulaciones concretan un mismo instituto jurídico. Así, el término prisión preventiva tiene un sentido penitenciario, mientras el de prisión provisional se usa en el ámbito procesal. Vid., acerca de esta cuestión, MORILLAS CUEVA, L.: “Régimen de prisión preventiva”, en VV.AA., COBO DEL ROSAL, M. (Dir): *Comentarios a la legislación penal*, Tomo VI. Vol. 1, Edersa, Madrid, 1986, p. 112.

grupos de alta peligrosidad, considerados enemigos del Estado, con clara influencia del concepto doctrinal denominado Derecho penal del enemigo⁷⁴.

Asimismo, la reforma pretende evitar el abuso de la prisión preventiva por parte de los juzgadores, lo que pasa a beneficiar al Sistema Penitenciario mexicano pues incidirá en la disminución de internos preventivos en las cárceles mexicanas, reducirá las críticas “inmorales” que a la misma se han vertido⁷⁵ y reducirá los efectos nocivos para los internos⁷⁶, la

⁷⁴ Consideramos, como hemos señalado con anterioridad, que el Estado mexicano se decanta por aplicar la corriente doctrinal del Derecho penal del enemigo y alejarse del derecho penal del ciudadano. Sobre esta materia, entre otros, vid. JAKOBS, G./MELIÁ, C.: *Derecho...*, op. cit., *passim*; FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: “El Derecho penal del enemigo y el Estado Democrático de Derecho”, en VV. AA., ZAMORA JIMÉNEZ, A.: (Dir.): *Estudios...*, op. cit., pp. 389-427.

⁷⁵ En este sentido, el Maestro de Pisa, CARRARA, quien hablara de la inmoralidad de la prisión provisional, señalaba: todos reconocen que la privación de libertad de los imputados antes de su condena es una injusticia, porque por sospechas falaces demasiadas veces llega el tormento a las familias, y se priva de libertad a ciudadanos frecuentemente honestísimos, y de las cuales el 60 por 100 al final del proceso o del término del juicio son posteriormente declarados inocentes. Y críticamente añade respecto a la justificación de la prisión provisional, que la misma es una injusticia necesaria, por lo cual la custodia preventiva ha debido admitirse por las leyes penales para justificar el proceso escrito, alcanzar la verdad, necesaria para la seguridad y alcanzar la pena. Vid. CARRARA, F.: *Inmoralidad de la prisión provisional...*, op. cit., pp. 7-8.

⁷⁶ No obstante, como recoge Landrove, se debe tener presente que la prisión provisional a la que se somete a un individuo causa serios daños en su personalidad, ya que la institución citada genera una serie de inconveniencias consistentes en: a) La prisión preventiva no permite llevar a cabo una función resocializadora; b) La prisión preventiva supone un grave riesgo de contagio criminal, habida cuenta de que el preventivo convive con los ya condenados o al menos en idénticas condiciones; c) La prisión preventiva aumenta innecesariamente la población reclusa, con las negativas consecuencias de hacinamiento, aumento del coste de las instalaciones, necesidad de un mayor número de funcionarios, etc.; d) La prisión preventiva es estigmatizante tanto para el individuo como para la sociedad. Vid. LANDROVE DÍAZ, G.: “Prisión preventiva y penas privativas de libertad”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. VII, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1984. p. 286.

sobrepoblación⁷⁷ o hacinamiento⁷⁸, la violencia⁷⁹ y la corrupción⁸⁰, rasgos que en la actualidad identifican al penitenciarismo nacional⁸¹.

Cabe mencionar que la reforma constitucional de seguridad y justicia mexicana, al igual que aconteció en España, con la introducción de la “regresiva⁸²” Ley Orgánica 7/2003 de 30 de junio en el ámbito penal y de la ejecución penal dirigida a grupos, bandas terroristas y elementos de alta peligrosidad⁸³, introduce acciones como el cumplimiento íntegro de las penas, la no concesión de beneficios penitenciarios, etc., en definitiva, la custodia de los reclusos⁸⁴.

Consideramos que con esta normativa española al igual que la mexicana, se pretende encapsular a quienes pretenden trastocar las instituciones gubernamentales y atentar contra los bienes jurídicos relevantes⁸⁵; no

⁷⁷ CARRANZA, E. *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Propuestas posibles*, (Coord.), Siglo XXI editores, México, 2001, *passim*

⁷⁸ Vid. ESPINOZA GRIMALT, H.: “La externalización de servicios penitenciarios”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 249, 2002, p. 30.

⁷⁹ Vid. PÉREZ PERDOMO, R./ROSALES, E.: “La violencia en el espacio carcelario venezolano”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, núm. 3, 1999, p.298.

⁸⁰ Vid., entre otros, OJEDA VELÁZQUEZ, J.: *Derecho de ejecución de penas*, Porrúa, México, 1984, p. 202; en el mismo sentido, GONZALEZ BUSTAMANTE, J. J. “Cómo es la nueva penitenciaría de México”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo. XIII, 1990, p. 488.

⁸¹ Al respecto, vid. ZARAGOZA HUERTA, J.: “El sistema penitenciario español como referente obligado por los modelos mexicanos e iberoamericanos”, en VV. AA., FIGUERUELO BUERRIEZA, Á./GORJÓN GÓMEZ, F. J. (Coords.): *Las transformaciones del Derecho en Iberoamérica. Homenaje a los 75 años de la Universidad Autónoma de Nuevo León*, Granada, 2008, p. 293-294.

⁸² Al respecto, vid. SANZ DELGADO, E.: “La reforma introducida por la regresiva Ley Orgánica 7/2003. ¿Una vuelta al siglo XIX?” en *Revista de Derecho y Criminología*, 2ª Época, núm. Extraordinario 2, 2004, pp. 195-211. Sobre este punto, entre otros, vid. RENART GARCÍA, F.: *La libertad condicional: Nuevo régimen jurídico*, Edisofer, Madrid, 2003, *passim*; PARÉS GALLÉS, R.: Ejecución de penas y medidas, en VV. AA., MIR PUIG, S./ CORCOY BIDASOLO, M. (Dirs): *Nuevas tendencias en política criminal. Una auditoría al Código Penal español*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2006, p. 131 y, sigs.

⁸³ Analizando la reforma penal española del año 2003, vid. CEREZO MIR, J.: “Los fines de la pena en el Código penal después de las reformas del año 2003”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, núm. Extraordinario 2, 2005, pp. 13-30.

⁸⁴ En este sentido, vid. MUÑOZ CONDE, F.: “Excurso: incapacitación: la pena de prisión como simple aseguramiento o incoación del condenado”, en VV. AA, DE LEÓN VILLALBA, F. J. (Coord.): *Derecho y prisiones hoy*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, p. 13.

⁸⁵ Analizando la existencia de prisiones de máxima seguridad mexicanas García Ramírez las describe señalando que éstas son intimidantes para abrumar al delincuente; son herméticas para retenerlo; son intransitables para aislarlo; agregando el citado autor que no hay mejor ensayo de una cápsula que una prisión de seguridad máxima; el preso se halla en una campana, circunscrito y observado; no hay voz que

obstante, en el caso español, debemos destacar que se da un vuelco a la citada Ley 7/2007 de 30 de junio para ser reformada⁸⁶.

La paradoja aquí es apuntar que mientras en otras latitudes existe una tendencia por humanizar los sistemas punitivos, en nuestro caso, es lo contrario.

B. Creación de Juez de ejecución de sentencias.

La Judicialización penitenciaria mexicana⁸⁷, es decir, la introducción del garante de la ejecución penitenciaria responde, entre otras razones: a la previsión jurídica en otros modelos penitenciarios de occidente⁸⁸, a las

escuche, ni paisaje que contemple, ni visita que reciba, ni palabras que lea, ni sueño que tenga, ni trabajo que emprenda, ni amor que lo aliente, ni odio que lo agite, fuera del control del otro cerebro: el cerebro de la vigilancia, que compite con el del criminal y lo vence; finaliza el citado autor con reflexiones tales como, "si no se mata al infractor, se congela su vida, atrapada en cada filamento. Si no se le destierra país afuera se le destierra país adentro". Vid. GARCÍA RAMÍREZ, S.: *Los personajes del cautiverio. Prisiones, prisioneros y custodios*, Secretaría de Gobernación, Subsecretaría de Protección Civil y de Readaptación Social, México, 1996, 188.

⁸⁶ La inoperancia de esta normativa, ha llevado a los legisladores a replantear algunos de los aspectos más agudos de la misma, por ello a finales del año 2010 a dicha ley será reformada con el propósito de ificientizar los proceso resocializadores contemplados en el sistema de Individualización científico español. Vid. REVIRIEGO PICÓN F./RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. G.: "Los sistemas penitenciarios europeos frente al siglo XXI", en *Seguridad y Ciudadanía: Revista del Ministerio del Interior*, núm. 4, 2010, p. 112.

⁸⁷ Al respecto vid., entre otros, GÓMEZ PIEDRA, R.: *La judicialización penitenciaria en México*, México, 2006, *passim*; ZARAGOZA HUERTA, J./BARBA ÁLVAREZ, R./PRADO MAILLARD, J. L./CARRETO GUADARRAMA, D./MONTROYA VILLAVICENCIO, M./MARTÍNEZ GÓMEZ, E./GARCÍA BARRIO, A.: "La introducción del Juez de Vigilancia Penitenciaria, una necesidad del moderno penitenciarismo mexicano", en *Revista Electrónica Letras Jurídicas*, núm. 7, 2008, p. 1-21.

⁸⁸ Así, por ejemplo, en España la Figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria se configura como el garante de la ejecución prisional, institución que en el momento de su introducción, en la vigente Ley Orgánica 1/79 General Penitenciaria, generó gran expectativa. Toda vez que su introducción respondió, entre otras razones, al hecho de que las cárceles están llenas de reclusos, quienes en su condición de seres humanos son titulares de derechos, a los cuales se debe garantizar su protección judicial. Vid. ALONSO DE ESCAMILLA, A.: *El juez de vigilancia penitenciaria*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 19, 157-158; también recogido en "El control jurisdiccional de la actividad penitenciaria", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 40, 1990, pp. 151-152. Analizando esta importante institución penitenciaria, entre otros, vid. GARCÍA VALDÉS, C.: *Comentarios a la legislación penitenciaria*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1982 (reimp. 1995), p. 241; MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: "La problemática actual del juez de vigilancia", en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núms. 232-235, 1981, p. 10; CANTISÁN ASENCIO, H.: "El juez de vigilancia", en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 237, 1987, pp. 10-11; GÓMEZ DE LA ESCALERA, J. J.: "El control jurisdiccional en la ejecución de las penas privativas de libertad: el juez de vigilancia penitenciaria", en *Actualidad Penal*, núm. 45, 1994, pp. 825-835; GONZÁLEZ CANO, M. I.: *La ejecución de la pena privativa de libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 124; CHIANG REBOLLEDO, M. E.:

demandas realizadas por parte de la doctrina penitenciaria mexicana⁸⁹, a las exigencias plasmadas en los instrumentos normativos internacionales firmados y ratificados por el Estado Mexicano, que reclaman su inclusión en la normativa, para constituirse en una reforma penitenciaria progresista y humanitaria⁹⁰.

La introducción de la presente institución prevista en la mencionada reforma constitucional del año 2008 viene a consolidar el reconocimiento y protección de los Derechos Humanos de los reclusos⁹¹; concediendo y negando beneficios penitenciarios, observando la actividad de los funcionarios penitenciarios y, finalmente, garantizando que se lleve a cabo el efectivo cumplimiento de la sanción penal; en definitiva, fiscalizar la actividad al interior de las prisiones mexicanas, introduciendo controles a quienes aplican las penas, con la consecuente disminución de los vicios prisionales señalados en líneas precedentes.

C. El fin de las instituciones penitenciarias.

La Carta Magna mexicana permuta el fin primario de las instituciones penitenciarias mexicanas: la readaptación social da lugar a la reinserción social⁹².

Procedimiento ante el juzgado de vigilancia penitenciaria, Bosch, Barcelona, 2001, *passim*; MARTÍN DIZ, F.: *El juez de vigilancia penitenciaria. garante de los derechos de los reclusos*, Comares, Granada, 2002, *passim*

⁸⁹ En este sentido, vid. GARCÍA ANDRADE, I.: *El sistema penitenciario mexicano. Retos y perspectivas*, México, 1989, p. 237; en el mismo sentido, vid. ROLDÁN QUIÑONES, L. F./HERNÁNDEZ BRINGAS, M. A.: *Reforma penitenciaria integral. El paradigma mexicano*, México, 1999, pp. 245-252; MONTES DE OCA, RIVERA, L.: *Juez de Ejecución de Penas*, México, 2003, *passim*.

⁹⁰ Vemos con buenos augurios la judicialización de la pena privativa de libertad, pero pugnamos por la inclusión del Juez de Vigilancia Penitenciaria previsto en la legislación española, producto de una reforma progresista y humanitaria que consideramos, imita la reforma mexicana. Vid. MESTRE DELGADO, E.: "Un CIS con nombre y apellidos", en *La Ley*, Año II, núm. 12, 2005, p. 3.

⁹¹ Al respecto vid., ampliamente, FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DE OMBUDSMAN.: *Sistema penitenciario. V informe sobre Derechos Humanos*, Madrid, Trama editorial, 2007, pp. 273-279; O DONNELL, D.: *Derecho internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Editorial tierra firme, México, 2007 p. 200 y sigs; REVIRIEGO PICÓN, F.: *Los derechos de los reclusos en la Jurisprudencia Constitucional*, Editorial Universitat, Madrid, 2008, *passim*

⁹² En este sentido, vid. NISTAL BURÓN, F. J.: "El régimen penitenciario: diferencias por su objeto. La retención y la custodia/la reeducación y la reinserción", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Núm. 33, 1995, pp. 134 y sigs.

Respecto del término reinserción⁹³ habrá que establecer que reinsertar, como indica Álvarez García, es volver a meter una cosa en otra, consistiendo la reinserción en un proceso de reintroducción del individuo a la sociedad⁹⁴.

Este paradigma pretende dignificar al interno valorándolo como sujeto de derecho; por ello, durante el proceso resocializador resulta indispensable la anuencia del recluso para integrarse a las actividades tratamentales que le ayudarán a interiorizar que, si bien éste se encuentra separado temporalmente de la sociedad, se le está preparando para que a su pronta vuelta, se integre a la sociedad respetando la ley.

7. EL IMPACTO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL FEDERAL EN EL ESTADO DE NUEVO LEÓN.

Hemos indicado algunas posturas que consideramos conlleva la reforma constitucional federal de cara a su implementación en la totalidad de las entidades federativas.

Resulta pertinente recordar, el hecho que en el Estado de Nuevo León dicha reforma inició su andadura a partir del año 2004, es decir, algunas de las instituciones que se introducen a nivel federal, ya en dicha entidad se habían introducido cuatro años antes⁹⁵, por tanto, podemos aseverar que ésta no es extraña a la realidad neoleonesa. Por el contrario, existen algunos institutos y procedimientos que están ausentes en el sistema punitivo estatal y que se prevén en la Carta Magna.

No obstante lo anterior, debemos señalar que, una vez que se ha elevado a rango constitucional la judicialización de la pena privativa de libertad mexicana, se tiene una consecuencia, se obliga a los poderes del Estado a instrumentar los mecanismos necesarios para su cumplimiento, en este sentido, al Poder legislativo le compete estar pendiente de su configuración

⁹³ Señalando los distintos puntos de apoyo para avanzar paulatinamente en la reinserción social del delincuente, vid. GONZALEZ DEL YERRO, J.: "La reinserción social de los delincuentes en el sistema penitenciario español", en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 183, 1968. pp. 859-877.

⁹⁴ Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: "La reeducación y reinserción social en el momento de la conminación", en VV.AA., QUINTERO OLIVARES, F./MORALES PRATS, F. (Coords.): *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona. 2001. p. 50.

⁹⁵ Vid. GARCÍA HERRERA, C.: Exposición de motivos de la reforma de justicia penal..., op. cit., *passim*; el mismo: Exposición de motivos de la reforma constitucional..., op. cit., *passim*.

legal; al Poder Ejecutivo le corresponde considerarla en sus políticas públicas y; al Poder judicial contar con ella en su desempeño funcional⁹⁶.

Aquí, el verdadero reto para el caso neoleonés por implementar de la manera más oportuna y eficaz la misma. Para la consecución del mandato constitucional debemos apoyarnos en la ciencia, finalmente, el derecho es una disciplina científica, qué mejor manera de instrumentar los mecanismos necesarios para el éxito de la disposición constitucional que apoyándonos en la misma. En este caso, el derecho comparado.

8. DERECHO COMPARADO.

Acudir al Derecho Comparado implica conocer un modelo jurídico similar previsto en un derecho extranjero, y que en igualdad de condiciones contempla fines, principios, instituciones, etc., lo que nos permitirá evaluar la posibilidad de extrapolar algunos institutos al modelo que estamos comparando. Asimismo, posibilitará evaluar cómo fue el proceso de reforma en otros modelos de derecho comparado.

En efecto, como ilustra el profesor Luicio Pegoraro, es importante realizar una macro y micro comparación, para ubicar los modelos paradigmáticos; y luego examinar al detalle diferencias y similitudes dentro de una misma institución tendentes a encontrar posibles soluciones a través de la incorporación de elementos institucionales de un ordenamiento distinto del propio⁹⁷.

Una vez aplicado este método, estamos en condiciones de señalar cuáles son los retos que afrontará la reforma constitucional federal al interior de las diversas entidades estatales.

9. RETOS DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL NUEVO SISTEMA PUNITIVO NEOLEONÉS.

Como hemos señalado con anterioridad, no será fácil llevar a cabo la encomienda constitucional federal, toda vez que al constituirse el Estado Mexicano con 31 Entidades Federativas y un Distrito Federal, y teniendo presente el principio federal, se corre el riesgo de que en las distintas

⁹⁶ Vid. NÚÑEZ TORRES, M. G.: "La constitucionalidad de los MASC", VV. AA., en GORJÓN GÓMEZ, F. J. (Dir.): *Mediación y Arbitraje, México*, 2009, p. 214.

⁹⁷ Vid. PEGORARO, L.: "Premisas metodológicas para una investigación de derecho comparado de las garantías constitucionales y subconstitucionales de los entes locales", TORRES ESTRADA, P. (Trad.): en *Letras Jurídicas*, núm. 6, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Veracruzana, 2002, p. 17.

normativas estatales y, en especial, el Estado de Nuevo León, no se introduzcan la instituciones, procedimientos, funciones y/o atribuciones, de los diversos actores del nuevo sistema punitivo del país, todos tendentes a aficientizar el acceso a la justicia social y la protección de los derechos de los individuos, lo que vendría a desvirtuar el espíritu de la propia reforma.

Así, pues, que existen algunos factores que deben tenerse presentes para llevar a cabo la introducción del juez de ejecución, a saber:

- A. Factor presupuestal: Debe destacarse que para alcanzar los objetivos de la reforma es importante el presupuesto económico pues ésta implica la erogación pecuniaria estatal destinada al nuevo sistema punitivo⁹⁸.
- B. Factor jurídico: La introducción de la misma conlleva reformas y expedición de múltiples normativas en el Estado⁹⁹.
- C. Factor político: El verdadero reto de esta reforma radica en la voluntad política de cada una de las entidades legislativas al momento de legislar y durante toda la actividad administrativa que conlleva el sistema punitivo local; por tanto, la voluntad política para acometer tal reforma, en medio de las enormes dificultades por todos conocidas, es fundamental para evitar los riesgos que podría implicar una simulación al momento de legislar; trayendo como consecuencia la mezcla de la visión garantista con la visión retributiva de la pena.

En definitiva, si realmente en el Estado de Nuevo León, se pretende dar un vuelco al sistema punitivo neoleonés, para evitar, precisamente, lo que años atrás ha denunciado el nativo de Módena, Ferrando Mantovani quien visualizando las consecuencias por la inexacta aplicación del derecho penal señalaba: “la ciencia penal debería volver a la realidad y salir del empíreo de los sistemas máximos y del nominalismo abstracto en que se refugia (...) si el estado y la doctrina no aciertan a responder a las exigencias de seguridad de los ciudadanos, se producirá una fractura entre éstos y el poder y se perderá la confianza en el estado, con una fatal regresión a los fenómenos degenerativos de la omisión de denuncia de los delitos, de la autodefensa privada (multiplicación de las policías privados, de los ciudadanos armados,

⁹⁸ Cfr. SANZ DELGADO, E.: “Las viejas cárceles: Evolución de las garantías regimentales”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LVI, 2003, p. 349.

⁹⁹ GARCÍA RAMÍREZ, S.: La reforma..., op. cit., p. 233 y sigs.

de los lugares blindados, de las alarmas sonoras, etcétera) de la justicia privada y de los delitos de reacción (venganzas, tentativa de linchamiento de los delincuentes detenidos in fraganti, etc.). y con una creciente incomunicación entre el legislador y la ciencia penal, que se autoexcluye de la política criminal, de modo que hoy los interlocutores privilegiados del legislador son la magistratura y la abogacía”¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Cfr. MANTOVANI, F.: “Conversaciones: Ferrando Mantovani”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 05, 2003, pp. 4-5.