

LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA PENAL EN MÉXICO 1993-2008. UNA EXPLICACIÓN DESDE LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Alberto ABAD SUÁREZ ÁVILA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El proceso de reforma penal en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1993 a la fecha*. III. *Explicaciones al contenido epistemológico de la reforma penal en México*. IV. *Condiciones teóricas para una explicación sociojurídica desde la “cultura del control”*.

I. INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional del 18 de junio de 2008 cambió varios paradigmas del sistema penal mexicano, encumbrando un largo proceso de modificaciones constitucionales iniciado en 1993.¹ Los principios constitucionales del derecho penal mexicano se modificaron en el plazo de quince años para dar paso a una nueva realidad jurídica que los académicos aún intentamos explicar hoy. El proceso de reforma penal, inclusivo de tantos temas, dominado por epistemologías diversas y regulador de temas como el combate a la delincuencia organizada, el sistema procesal penal y los derechos humanos de acusados y víctimas, es por demás complejo.²

La mayoría de los autores que estudian este proceso de reforma constitucional en materia penal, lo hacen privilegiando una visión cercana particularmente a las teorías del “derecho penal del enemigo” de Günther Jak-

* Investigador de tiempo completo y coordinador del Área de Sociología del Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Sistema Nacional de Investigadores, Nivel I. El autor agradece la recopilación de información a José Juan Martínez Mateo y Alfredo Portilla.

¹ Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 3 de septiembre de 1993 que reforma los artículos 16, 19 y 20 y derogó la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

² Ley Federal de la Delincuencia Organizada, cuerpo del delito.

obs.³ Quienes ven en el proceso de reforma penal un incremento progresivo de la función punitiva del Estado, ponen énfasis en el hecho de que se ha priorizado la idea del “combate a la delincuencia organizada”.⁴ Para estos autores, el proceso reformador constitucionalizó un esquema de ausencia de protección de derechos humanos, dando la posibilidad al Estado mexicano de combatir a la delincuencia organizada con poderosas instituciones que prácticamente establecen un “régimen de excepción” en el nivel constitucional. Desde esta perspectiva, el proceso de reforma es mostrado como autoritario en la medida que permite al Estado tener un mayor campo de acción, reduciéndose la posibilidad de ser sujeto de rendición de cuentas frente el combate frontal a quien él mismo define como su enemigo, aunque este último sea un sujeto bastante indeterminado.

Los partícipes de este tipo de explicaciones tienden a destacar el proceso como la constitucionalización de una serie de violaciones a los derechos humanos en México como la figura del arraigo, prisión preventiva oficiosa, duplicidad de términos, etcétera. La discusión más importante dentro de esta perspectiva se encuentra entre quienes justifican su existencia por “la importancia del problema de la criminalidad en México”⁵ y quienes la critican por considerarla injustificada, partiendo de cualquier perspectiva que respete los derechos humanos.⁶

Desde una perspectiva completamente distinta, otro sector de la academia pone énfasis el resultado normativo del proceso reformador como una transición positiva hacia la protección de los derechos humanos, considerándolo parte de un movimiento regional a favor de los derechos humanos que se expresa en la Constitución con nuevos contenidos *garantistas*.⁷ Estos autores no obvian el impacto negativo que tiene la construcción de un régimen de excepción de combate a la delincuencia organizada, pero lo mi-

³ Günther, Jakobs y Cancio M. Manuel, *Derecho penal del enemigo*, España, Bosch, 2009.

⁴ Véase, Plascencia, Raúl, “Situación actual de los derechos humanos en México”, en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal Olga (coords.), *La situación actual del sistema penal en México, XI Jornadas sobre Justicia Penal*, Mesa 9, Política Criminal, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 7.

⁵ Los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos de América y el aumento en los niveles de violencia y criminalidad en América Latina sirvieron a varios gobiernos del continente americano de justificación para adoptar normas especiales en materia de seguridad, véase Toledo, Cecilia, *El uso e impactos del arraigo en México*, México, Fundar, Centro de Análisis e Investigación, 2014, p. 5.

⁶ Véase Moreno, Moisés, “Política Criminal frente a la delincuencia”, en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), *op. cit.*, p. 157.

⁷ Moreno, Everardo, *El nuevo proceso penal mexicano*, México, Porrúa, 2010.

nimizan para entender la reforma en su conjunto como la inclusión de una serie de disposiciones tendientes a crear un sistema procesal más justo, que tiene como finalidad asegurar que el principio de presunción de inocencia permanezca y que la actividad estatal sea más eficaz y con mejores posibilidades de justicia. Quienes ven en la reforma un cambio *garantista*, observan que corrige ausencias en el procedimiento tradicional penal en México, origen de grandes injusticias sociales e importantes ineficiencias del sistema.

¿Cómo es posible que dos visiones epistemológicas tan distintas sobre el delito puedan coexistir en la Constitución como resultado del proceso de reforma penal entre 1993 y 2008? Ambas corrientes explicativas tienen un sustento epistemológico amplio y en mucho dependen de la perspectiva del contexto que se esté observando para considerar sus alcances. Sin embargo, dejan pendiente para quienes analizamos el tema desde la sociología jurídica ir más allá para superar el ámbito normativo en que permanecen y tratar de resolver la paradoja que presentan. El proceso de reforma penal es un fenómeno que escapa a los límites de la dogmática penal y por lo tanto es prioridad de la sociología jurídica aportar a su conocimiento.

La propuesta del artículo, que se presenta en el marco de la celebración de los cien años de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos por la amable invitación de los colegas Luis Rene Guerrero Galván y Carlos Pelayo Möller, es explicar la complejidad que presenta la reforma en esta aparente contradicción entre dos epistemologías jurídicas distintas. Se exploran las posibilidades que tiene la teoría de la *cultura del control* de David Garland para analizar el caso mexicano.⁸

En el artículo se usa esta teoría para tratar de romper la distancia que existe en la academia entre quienes explican la reforma constitucional desde la noción del derecho penal del enemigo y quienes se inspiran en la idea de una renovada protección a los derechos humanos basado en la construcción de un *ius commune* latinoamericano. Se parte del principio de que la modernidad se vive distinta en cada lugar con su complejidad, lo que hace posible que dos tendencias epistemológicas de pensar al delito tan diversas, efectivamente convivan dentro del texto constitucional como resultado del proceso de reforma en materia penal.

⁸ Garland, David, *La cultura del control, crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, trad. de Maximo Sozzo, Gedisa, 2005. Para el autor, Estados Unidos y el Reino Unido viven desde los años setenta un *giro punitivo* promovido por la instauración de una *cultura del control*. Este fenómeno es característico de la modernidad tardía que viven esos países.

II. EL PROCESO DE REFORMA PENAL EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1993 A LA FECHA

Sergio García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal, dos grandes juristas mexicanos, son quienes más tiempo han dedicado a estudiar la reforma penal en México.⁹ Dando seguimiento al trabajo de estos investigadores, tanto de autoría propia como compilatorio, es posible situar la reforma penal en México como un proceso que inicia en la década de los noventa, específicamente con la reforma constitucional de 1993 y continúa hasta la fecha, siendo la reforma del 18 de junio de 2008 la más relevante hasta el momento.

Anterior a 1993 se realizaron algunas reformas al texto constitucional, pero ninguna de la importancia del cambio vivido a partir de esa fecha. Por ejemplo en 1948 se adicionó al artículo 20 constitucional una fracción primera para dar posibilidad a libertad bajo fianza en delitos cuya media aritmética fuera menor a cinco años de prisión, incrementándose el monto máximo hasta \$250,000.00 pesos para la fianza (en la redacción original de 1917 el límite era de \$10,000.00).¹⁰ En lo que parece el cambio más relevante de ese periodo, en 1965 se reformó el artículo 18 constitucional para regular la prisión preventiva y el sistema de readaptación social orientándolo a la educación y al trabajo, una medida característica de un *estado penal de bienestar*.¹¹ En 1977 volvió a modificarse el artículo 18 constitucional para establecer la posibilidad del traslado internacional de reos para cumplir con

⁹ González Mariscal, Olga Islas de y García Ramírez, Sergio, <http://www.juridicas.unam.mx/invest/directorio/>.

¹⁰ “Artículo único: Se reforma y adiciona la Fracción I del artículo 20 constitucional para quedar en los siguientes términos: Artículo 20. En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías: I. Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad bajo fianza que fijará el juez tomando en cuenta las circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, y sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva, a disposición de la autoridad u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla, bajo la responsabilidad del juez para su aceptación. En ningún caso la fianza o caución será mayor de 250,000.00 a no ser que se trate de un delito que represente para su autor un beneficio económico o cause a la víctima un daño patrimonial, pues en estos casos la garantía será, cuando menos, tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño ocasionado”. *Diario Oficial de la Federación*, jueves 2 de diciembre de 1948, p. 2.

¹¹ Decreto que reforma y adiciona el artículo 18 constitucional publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, 23 de febrero de 1965.

sus condenas en sus países de origen.¹² En 1982 se modificó el artículo 22 para incluir los supuestos de enriquecimiento ilícito dentro de las excepciones a la confiscación de bienes entre las penas prohibidas.¹³ En 1983 se reformó el artículo 21 constitucional para reducir la sanción en caso de no pago de multa por infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía de quince días a treinta y seis horas máximo.¹⁴ En 1985 se modificó el artículo 20 constitucional para establecer nuevos límites al monto de la caución en hasta cuatro años de salario mínimo vigente y diferenciando entre delitos intencionales y preterintencionales o imprudenciales para los casos que se superase este límite.¹⁵

Todos los cambios anteriores, pueden ubicarse dentro la noción de un Estado social de bienestar, aunque ninguna de las reformas anteriores se dirigió a cambiar el núcleo del sistema penal mexicano; las más trascendentes como la de la modificación al artículo 18 constitucional en 1965 para establecer el principio de readaptación social, modificaron el núcleo del sistema penitenciario mexicano, inspirados en las ideas del momento de considerar al delincuente como un inadaptado social que mediante el trabajo y la educación podría ser readaptado a la sociedad. Los cambios vividos en el sistema penal mexicano durante esos años no alcanzaron la Constitución más que en contadas ocasiones; la norma constitucional se mantuvo relativamente estable entre su promulgación en 1917 y las reformas del periodo que se estudia en 1993.¹⁶

En 1993 se modificaron los artículos 16, 19, 20, y 119 de la Constitución.¹⁷ El ministro Juan Silva Meza señaló que:

La reforma constitucional de 1993 fue apresurada pues de un “plumazo” se adaptaron a nuestro orden jurídico instituciones que se antojaban ajenas a

¹² Decreto por el que se adiciona un quinto párrafo al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, 4 de febrero de 1977.

¹³ Decreto de reformas y adiciones al Título Cuarto que comprende los artículos 108 al 114; así como los artículos 22, 73 fracción VI base 4a., 74 fracción V, 76 fracción VII, 94, 97, 127 y 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 28 de diciembre de 1982, p. 3.

¹⁴ Decreto por el que se reforma el Artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 3 de febrero de 1983, p. 3.

¹⁵ Decreto por el que se reforma la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 14 de enero de 1985, p. 2.

¹⁶ En total los artículos 16 al 24 se modificaron diez ocasiones en el periodo.

¹⁷ Zamora Pierce, Jesús, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/217/14.pdf>.

nuestra tradición jurídica; tal vez en la debida preparación y, sobre todo, sin el debido aquilataamiento de lo que ello implicaría.¹⁸

La parte más controvertida de la reforma fue la incursión del concepto *elementos del tipo* en lugar del tradicional *cuerpo del delito*,¹⁹ la cual se plasmó en el artículo 19 constitucional, el 3 de septiembre de 1993, al sustituirse el texto que a la letra decía: "...elementos que constituyen aquel, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa sobre el cuerpo del delito..."²⁰ por la frase: "...se deben de acreditar los elementos del tipo penal..."²¹ Al respecto, Enrique Díaz Aranda considera que esta reforma

...no sólo constituyó un paso más hacia la consecución del Estado social y democrático de derecho, sino también supuso la adopción de la estructura del sistema finalista y posibilitó una interpretación, incluso, conforme a los postulados del sistema funcionalista.²²

Siguiendo a Jesús Zamora Pierce, la reforma al artículo 16 constitucional brindó una explicación más detallada sobre los temas de orden de aprehensión, flagrancia y caso urgente; caracterizándose porque se cambiaron las reglas para girar la orden de aprehensión al establecerse como requisito indispensable la existencia de datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.²³

Otro punto importante fue establecer que la autoridad que ejecute una orden de aprehensión, debe poner al inculcado a disposición del juez sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad, asimismo, para casos de flagrancia estableció que la autoridad inmediata que reciba a algún inculcado, debería a su vez ponerlo a la disposición del Ministerio Público. También estableció reglas para el caso urgente, fijando como requisitos la

¹⁸ Silva M. Juan, "Las Reformas penales de los últimos cinco años", en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga, (coords.), *Las reformas penales de los últimos años en México (1995-2000), Primeras Jornadas sobre Justicia Penal*, Administración de Justicia en Materia Penal, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 224.

¹⁹ *Ibidem*, p. 225.

²⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, (en línea), consultada el 24 de septiembre de 2014, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf.

²¹ *Diario Oficial de la Federación*, 3 de septiembre de 1993, p. 51.

²² Díaz Aranda, Enrique, *Derecho penal parte general (conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría de delito funcionalista social)*, México, Porrúa, 2003, pp. 18 y 421.

²³ Zamora-Pierce, Jesús, *La reforma de las garantías procesales penales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, p. 246.

necesidad de que hubiera un riesgo fundado de que el indiciado pudiera sustraerse a la acción de la justicia; que se tratara de delito grave; que el Ministerio Público no pudiera solicitarla a la autoridad judicial por hora, lugar o circunstancia, y además que solamente pueda hacerlo él y no cualquier autoridad administrativa. Se instituyó el control inmediato de legalidad de la detención por el juez en casos de urgencia y flagrancia. Se determinó que el plazo legal de la detención ante el Ministerio Público no se prolongara más allá de cuarenta y ocho horas, con la excepción de la delincuencia organizada en donde se permitía la duplicidad del plazo. En dicho precepto legal, no se abordaron

las molestias legítimas ni los cateos, se trató de temas acerca del régimen de privación cautelar de la libertad, así dicho artículo introdujo cuestiones que tenían como objetivo aclarar su contenido, sin embargo, el legislador plasmó cuestiones de fondo.²⁴

En el artículo 19 constitucional se prohibió la prolongación de la detención en perjuicio del inculcado más allá del término constitucional, reforma que se reduce:

...esencialmente, a un mejoramiento técnico en la ubicación de disposiciones antes emplazados en el artículo 107, y a modificaciones innecesarias y en alguna medida perturbadoras acerca de los elementos de fondo del auto de formal prisión.²⁵

Después, el 31 de diciembre de 1994, se reformó el artículo 21 de la Constitución suprimiendo "...el monopolio en el ejercicio de la acción penal..."²⁶ concentrado en el Ministerio Público, al otorgar a los ciudadanos la facultad de impugnar ante la autoridad jurisdiccional, las resoluciones de no ejercicio de la acción y el desistimiento de la acción. Modificación que en opinión del ministro Juan Silva Meza:

Esta reforma penal, dio por resultado el que en apariencia se dificultara técnicamente la actividad ministerial y con ello se incrementa la carga de trabajo para la representación social, además de que en cierto modo se propiciara impunidad.²⁷

²⁴ Cfr. García Ramírez, Sergio, 2a. ed., México, Porrúa, pp. 7, 8 y 467.

²⁵ *Ibidem*, p. 42.

²⁶ *Ibidem*, p. 453.

²⁷ Silva M., Juan, *op. cit.*, nota 18, p. 225.

A partir del 3 de julio de 1996 el cambio constitucional en la materia penal continúa profundo y acelerado. Olga Islas escribía en 1996, que:

...En los últimos años se ha pretendido solucionar todos los problemas que padecemos a través de reformas legales que abarcan hasta la Constitución. Parece que hemos llegado a la convicción de que las normas jurídicas son la panacea que resolverá todos los problemas que padecemos.²⁸

Para la autora la reforma constitucional se realizó con el propósito de dar el marco constitucional adecuado para la instauración de una legislación contra la delincuencia organizada. La reforma se hizo a los artículos 16, 20 fracción I y penúltimo párrafo, 21, 22 y 73 fracción XXI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.²⁹

En el artículo 16 constitucional se determinó que las comunicaciones privadas son inviolables y la intervención corresponde a la autoridad judicial federal a petición del Ministerio Público federal, prohibiendo la intervención en materias electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral y administrativa; sufriendo dicha modificación al tener como antecedente:

...la intervención de las comunicaciones privadas que surgió a fines de 1995, con motivo de una iniciativa de Ley Federal contra la Delincuencia Organizada que proponía que se permitiera al Ministerio Público la intervención de las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas, el acceso a bancos y sistemas informáticos, computacionales o similares, conectados a los sistemas telefónicos o la colocación secreta de medios de escucha en domicilios videograbaciones en algún lugar privado, es así que el texto agregado al artículo 16

²⁸ Islas de González Mariscal, Olga, “Reformas a la Constitución y al Código Penal de 1996” en *Reforma constitucional y penal de 1996*, México, UNAM-PGJDF, 1997, p. 91.

²⁹ “Esto, con toda nitidez, quiere decir que la reforma constitucional se hizo con todo el propósito preciso de facilitar la operatividad de la futura ley contra la delincuencia organizada, es decir, del naciente sistema penal paralelo, certeramente bautizado por el doctor Sergio García Ramírez como “el bebé de Rosemary”, bebé que, ante los obstáculos constitucionales, no se amedrenta, sino que, cuidadoso de no pisarlos, los hace a un lado. Esto quiere decir que con plena conciencia de que la nueva legislación penal vulneraría derechos fundamentales de los mexicanos, el propósito creador del nuevo sistema penal no se frenó, sino que, para evitar el calificativo de inconstitucionalidad, se procedió a modificar los principios constitucionales para cancelar los obstáculos. En otra época, cuando alguna reforma iba más allá de los postulados constitucionales, el solo señalamiento de la desviación ponía en entredicho la reforma y se optaba por la constitucionalidad. Ahora no hay barreras. Con toda naturalidad se reforman y limitan las garantías”. *Idem*.

constitucional, se refiere al derecho de mantener las comunicaciones privadas fuera de conocimiento de terceros.³⁰

Por lo que hace al artículo 20 se eliminó la media de cinco años para la libertad bajo caución para establecer como límite los delitos graves, las únicas excepciones serían cuando el inculpado hubiera sido condenado anteriormente por un delito grave o porque el Ministerio Público contara con elementos que supusieran un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

En el artículo 21 se determinó que la persecución de delitos corresponde al Ministerio Público con apoyo de la policía, no especificándose "...el cuerpo policiaco con el que se deberá auxiliar el Ministerio Público, ya que el artículo indeterminado 'una' remite a cualesquiera de las policías existentes e incluso a las que todavía no existen".³¹ Un cambio relevante fue contemplado en el artículo 22 constitucional, al estipularse que no se considerará confiscación al decomiso de bienes propiedad de los sentenciados por el delito de delincuencia organizada, imponiendo incluso la carga de la prueba respecto a la procedencia legítima de sus bienes, para que no entren dichos bienes en la hipótesis señalada.

En el artículo 73, fracción XXI, se otorgó al Congreso de la Unión la facultad de expedir leyes tendientes a "...establecer los delitos y las faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse..."³² texto que repercutió en las reformas al Código Penal, tanto en la parte general como en la especial, y se enfatizó en la penalización del robo y el secuestro. Esto lo ejemplifica Olga Islas de la siguiente forma:

Las punibilidades son excesivas. Si pensamos en un robo de un vehículo con valor de más de 500 veces el salario, cuya pena es de cuatro a diez años de prisión, y el sujeto vende un faro, se le va a aplicar de cinco a quince años por la venta del faro. La pena concreta podría ser de 25 años de prisión, mayor que la de un homicidio o unas lesiones que dejan incapacidad permanente para trabajar, o una violación.³³

En fecha 8 de marzo de 1999 se reformaron los artículos 16, 19, 22 y 123, interesándonos para el presente análisis los tres primeros. El artículo

³⁰ Cfr. García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), *La situación actual del sistema penal en México...*, cit., pp. 70 y 71.

³¹ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Reforma Constitucional y penal de 1996*, México, 1996, pp. 56 y 192.

³² *Diario Oficial de la Federación*, 3 de julio de 1996, p. 13.

³³ Cfr. García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coord.), *La situación actual del sistema penal en México...*, cit., p. 104.

16 constitucional fue reformado en el segundo párrafo, estableciendo de nueva cuenta que para poder librar orden de aprehensión se debía acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en contraposición a la acreditación del tipo penal plasmado en la reforma de 1993. El artículo 19 constitucional determinó requisitos sobre la emisión del auto constitucional en el procedimiento penal, al establecer que se debe acreditar el cuerpo del delito (antes tipo penal) ya que se consideraba que "...dicho estándar se estimaba exageradamente elevado y dificultaba el libramiento de tales órdenes..."³⁴ asimismo, se estipuló su duplicidad a petición del reo. El artículo 22 constitucional estableció la obligación de la autoridad judicial de resolver la aplicación a favor del Estado de los bienes asegurados, con motivo de una investigación o proceso que se sigan con motivo de delincuencia organizada.

El 21 de septiembre de 2000 se reformó el artículo 20 de la Constitución, estableciendo la protección de los derechos de los menores y víctimas para no ser careados dentro del proceso penal con el acusado y "...se presentan dos apartados: a) garantías del inculpado y b) garantías de la víctima u ofendido del delito."³⁵

El 20 de junio de 2005, tocó el turno del artículo 21 al establecer el reconocimiento formal que México hizo de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, al instituirse que el "...Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional"³⁶

El 9 de diciembre del mismo año, en el artículo 22, se prohibió la pena de muerte en atención a los tratados internacionales en que México es parte. Y el 12 de diciembre el artículo 18 se reformó en lo relativo a los menores de edad que infringen la ley penal, al establecerse la puesta en marcha de un sistema integral de justicia penal para adolescentes por parte de la federación, los estados y el Distrito Federal.

Estas reformas son el antecedente de lo que podemos llamar "la madre de todas las reformas penales" del 18 de junio de 2008. En ésta se modificaron los principios procesales del sistema penal mexicano, introduciéndose como coordenadas centrales la acusatoriedad y la oralidad. Se creó un nuevo apartado A al artículo 20 constitucional, incluyendo los nuevos principios de contradicción, concentración, intermediación y publicidad. Se ordenó

³⁴ Carbonell, Miguel, *Bases constitucionales de la reforma penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 32.

³⁵ Barraquán Salvatierra, Carlos, *Derecho procesal penal*, 3a. ed., México, McGraw-Hill, 2009, pp. 326 y 831.

³⁶ *Diario Oficial de la Federación*, 20 de junio de 2005.

la creación de defensorías públicas en cada una de las treinta y dos entidades del país que estuvieran a cargo de la defensa adecuada. Además de estas reformas, excepciones como el arraigo domiciliario, la prisión preventiva o la duplicidad de términos se establecieron en el ámbito constitucional, aunque desde hace tiempo funcionaban en la práctica.

En relación con esta reforma, Héctor Fix-Fierro manifiesta que se plantean grandes desafíos en los que:

...la seguridad pública, la prevención, la persecución y la procuración de justicia se armonizan a los parámetros constitucionales con horizontes temporales, precisos a culminar en 2016. Así la publicidad, contradicción, continuidad e intermediación, junto a la metodología de audiencias orales y posibles expedientes electrónicos deberán asimilarse en el nuevo sistema penal para la democracia en desarrollo.³⁷

III. EXPLICACIONES AL CONTENIDO EPISTEMOLÓGICO DE LA REFORMA PENAL EN MÉXICO

El proceso de reforma penal en México ha sido tradicionalmente explicado mediante dos epistemologías. La primera de ellas refiere a la constitucionalización de un derecho penal del enemigo en el ámbito constitucional que tiene su referente más importante en la creación de un sistema procesal penal contra la delincuencia organizada paralelo al régimen ordinario. La segunda pone mayor atención al sistema penal ordinario considerando que, sin obviar la existencia de un sistema procesal penal para la delincuencia organizada, la centralidad de las reformas ha fortalecido la protección de los derechos humanos motivado por la integración de México a la tendencia latinoamericana de creación de un paradigma regional en la materia.

1. *Combate a la delincuencia organizada como derecho penal del enemigo*

Este tipo de explicaciones cuenta como elemento distintivo la construcción de un sistema alternativo para el combate a la delincuencia organizada, que constitucionaliza un derecho penal del enemigo. Desde 1993 hasta

³⁷ Valadez Díaz, Manuel, *El juez mexicano ante el sistema penal acusatorio y oral*, Serie Juicios Orales, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. IX. Presentación de Héctor Fix-Fierro.

las recientes reformas de 2008, se nota una vocación constante en el Estado por modificar reglas del proceso penal distinguiendo entre un régimen tradicional procesal penal, para el delincuente común, y un régimen especializado para el combate a la delincuencia organizada.

El seguimiento a este tipo de explicaciones se da desde la perspectiva del “derecho penal del enemigo”, idea del autor Günther Jakobs que tiene resonancia en todo el mundo. El autor Jakobs explica que el derecho penal del enemigo se diferencia del derecho penal del ciudadano, desde la perspectiva del tratamiento que debe darse con base en el sujeto perseguido por la comisión de un acto delictivo.³⁸ Señala el autor que mientras que el ciudadano que comete un delito puede mediante el proceso penal ordinario pagar por su falta y reintegrarse a la sociedad, el derecho penal del enemigo se enfoca en perseguir y castigar a aquellos que cometen actividades delictivas y que no se encuentran en capacidad de reinsertarse a la sociedad, sino que por el contrario se constituyen como enemigos de ésta, ya que su intención principal es atentar en su contra y tratar de destruirla.³⁹ Los ejemplos más conocidos y repetidos son el terrorismo (sobre todo en EE.UU., Reino Unido y España después de los atentados en sus territorios durante la década pasada) y la delincuencia organizada (Italia y el continente americano principalmente); en la visión de Jakobs tanto terroristas como crimen organizado ponen en peligro a la sociedad en su conjunto y no pueden ser tratados como ciudadanos, sino que deben ser vistos como enemigos y por lo tanto ser sujetos a un proceso penal que los trate con esa categoría.⁴⁰

Dentro de los lectores de la obra de Jakobs hay una crítica fuerte a su obra, sobre todo al fortalecimiento de sus opiniones como reacción al discurso antiterrorista norteamericano.⁴¹ Para algunos de su más asiduos discípulos, el derecho penal del enemigo no puede constituirse como una fórmula ordinaria del derecho penal, es decir, no podría pensarse en la permanencia de una serie de reglas como las que contempla el derecho penal del enemigo de ordinario. En todo caso, debería ser tratado como un régimen excepcional y ocupar ese lugar dentro del derecho constitucional, es decir, ser utilizado sólo en ciertos supuestos de cesación de derechos y sus garantías, con un procedimiento expreso de aprobación, limitado en espacio y tiempo. La permanencia de un derecho penal del enemigo, a la par de un derecho penal del ciudadano sería por sí mismo un desatino.

³⁸ Günther, Jakobs y Cancio M. Manuel, *op. cit.*, nota. 3, pp. 22-25.

³⁹ *Ibidem*, pp. 47-50.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 52-55.

⁴¹ Luhmann, Niklas, *Sistemas sociales, lineamientos para una teoría general*, trad. de Javier Torres Nafarrete, México, Universidad Iberoamericana, 1991.

El derecho penal del enemigo y su crítica interna como “régimen excepcional” influyen en gran parte de las opiniones de los académicos que revisan la reforma constitucional mexicana.⁴² Se argumenta que el problema de la delincuencia organizada en México, en especial de los cárteles de drogas y las bandas de secuestros alcanza dimensiones tan grandes e invade las zonas más profundas de la sociedad, que es deseable tener un régimen ordinario de combate a la delincuencia organizada que incluya la existencia de una serie de disposiciones procedimentales especiales para su combate; este discurso ha sido especialmente relevante desde 2008.⁴³ La argumentación a favor de este tipo de regulación se respalda en las altas cifras de incidencia delictiva que existen en México.⁴⁴ Sin embargo, en muchas ocasiones se emplea como argumento de autoridad más que como respaldo empírico, porque no se encuentran razonamientos que hagan efectivamente válida la idea de que la creación de un derecho penal del enemigo en la Constitución mexicana sea la solución más indicada para el combate a la delincuencia, sino que se toma como un hecho indiscutible.

También es posible encontrar Voces críticas al respecto, que si bien parten desde una metodología del derecho penal del enemigo, se distancian de la validación que hace Jakobs de la existencia de la misma. La crítica mayor que puede realizarse al proceso de reforma penal en México es que una serie de reglas correspondientes a un régimen excepcional alcancen la regularidad de la vida constitucional, instaurando un derecho penal del enemigo de ordinario. Para estos críticos la existencia de un régimen procesal penal ordinario en normas constitucionales se convierte en una legislación abiertamente violatoria de derechos humanos.⁴⁵

2. *Ordenación garantista del sistema penal mexicano con el ius commune latinoamericano de derechos humanos*

La otra perspectiva común para observar en las reformas es el acercamiento del derecho penal a un régimen de normas constitucionales fuertes

⁴² García Ramírez. Sergio, “La reforma procesal penal en la Constitución Mexicana”, en Astudillo, César y Carpizo, Jorge (coords.), *Constitucionalismo. Dos siglos de su nacimiento en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.

⁴³ Cámara de Diputados, *Diario de debates*, LX Legislatura, <http://cronica.diputados.gob.mx/DDebates/60/3er/1P/Ord/sep/00L60A3P107.html>.

⁴⁴ Secretariado Ejecutivo del Sistema de Seguridad Pública, Cifras de incidencia delictiva 1997-2014. http://www.secretariadoejecutivo.ssp.gob.mx/work/models/SecretariadoEjecutivo/Resource/1/1/cifras_publicacion_julio14.pdf.

⁴⁵ En particular el tema del arraigo ha generado preocupación.

que, en el proceso ordinario, protegen los derechos en el marco de un *ius commune* latinoamericano de derechos humanos. Para los autores que privilegian esta visión, la reforma penal en México fortalece los derechos humanos en México, en específico si se observa la reforma de 2008 en relación con las reformas en materia de derechos humanos de 2011, que la insertan en un nuevo paradigma regional de su protección.

Este tipo de explicaciones observa que el combate a la delincuencia organizada solamente ocupa una mínima, ínfima porción de la actividad estatal en materia penal. Así que haciendo un análisis utilitario del proceso de reformas, reconocen que mientras que para un porcentaje muy bajo de los procesos se han constitucionalizado una serie de violaciones a los derechos humanos con la instauración de un régimen ordinario de derecho penal del enemigo, para la gran mayoría de los casos que se atienden, en donde se encuentran la mayor parte de las injusticias, las reformas brindan nuevas oportunidades de un trato más respetuoso de los derechos humanos fundado en una realineación del proceso penal mexicano a los paradigmas de la reforma penal que en años anteriores sucedió en América Latina.⁴⁶

El problema que tiene este tipo de explicaciones es que tiende a exaltar el cambio a un sistema procesal penal acusatorio como un gran cambio garantista, cuando la teoría de Luigi Ferrajoli no lo afirma así y existen otras teorías, como la de Darjan Damaska, que establecen que realmente en el ámbito de descripción procesal normativa no existe tanta diferencia entre un sistema y otro en la protección de derechos humanos.⁴⁷

De cualquier forma lo importante por anotar, ya que el éxito o fracaso de la implantación de la reforma no podría ser tema de este artículo, es que la pretendida calificación del cambio a un sistema procesal penal acusatorio y oral no tiene un sustento teórico fuerte que la ubique como un cambio garantista, sino que se le da por quienes confían en que un nuevo sistema procesal penal permita mejorar las condiciones actuales de la justicia mexicana alineado a los paradigmas de la reforma penal en América Latina. Por supuesto, a tan poco tiempo de instauración y funcionamiento del sistema

⁴⁶ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

⁴⁷ La experiencia comparada con los países que tienen un sistema penal acusatorio desde hace tiempo, muestra que, sin equilibrio entre las partes, se corre el riesgo de mayores injusticias en contra del acusado debido a que la intervención del juez es menor. La apertura a los medios alternativos de solución de controversias también muestra que, sin una defensa adecuada, el acusado tiene mayores probabilidades de obtener una sentencia que lo perjudica incluso por hechos que no cometió.

en los estados que lo han adoptado, carece un sustento empírico sólido. Como en tantas otras reformas, el éxito que pueda tener el sistema procesal penal acusatorio depende del impulso real a su puesta en marcha tanto por autoridades como por los ciudadanos; no es una cuestión que depende del cambio normativo y no hay sustento teórico de que la adopción de un sistema procesal penal acusatorio sea por sí mismo un cambio garantista, como se ha repetido en varias ocasiones.

Por otra parte, la descripción de un sistema procesal penal acusatorio y oral como garantista *per se*, sigue careciendo de un fundamento teórico sólido. Pareciera ser que en estas descripciones hay más optimismo que análisis profundo. Si bien el deseo general es que la instauración del sistema procesal penal acusatorio y oral sea una respuesta positiva a tantos problemas de justicia social y eficacia institucional que enfrentan los operadores jurídicos, no puede justificarse el cambio de sistema procesal como garantista por sí mismo.

En donde pueden encontrarse más respuestas favorables a la idea de una mejor protección en la reforma penal es en el movimiento regional a favor de los derechos humanos que ha generado lo que se llama un *ius commune* latinoamericano. La idea de *ius commune* puede pensarse como el surgimiento de una protección regional a los derechos humanos en América Latina desde los instrumentos regionales como la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y los organismos regionales como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el diálogo jurisprudencial que se establece a partir de ésta.

En América Latina, a partir de la vuelta a la democracia de los países de la región en los años noventa se redactaron nuevas Constituciones o se reformaron las vigentes con nuevos catálogos de derechos humanos y se constitucionalizaron los documentos regionales protectores de derechos humanos. Además de esto, varias naciones adoptaron cambios a su sistema jurisdiccional penal para transitar hacia un paradigma acusatorio y oral. Como se ha mencionado antes, el solo cambio hacia un sistema procesal acusatorio y oral no significa en sí una mayor protección de derechos humanos, pero el esfuerzo y los recursos dedicados a mejorar el sistema sí que lo pueden hacer.

El trabajo conjunto de la región, en particular el diálogo jurisprudencial entre los organismos regionales de protección de los derechos humanos y los tribunales nacionales y legislaciones, ejemplifican el fortalecimiento de la idea de la protección de los derechos humanos. Una idea que se ha encontrado de frente con la de derecho penal del enemigo y que genera un clima de tensión. Algunos autores incluso destacan las tensiones que se ge-

neran entre el crecimiento de la punitividad en la región y el avance de la democracia.⁴⁸

La reforma penal explicada como un cambio garantista depende mucho de la experiencia regional para poder considerarse seriamente, ante la falta de fundamentos teóricos que afirman que un sistema procesal acusatorio y oral resulta más garantista que un sistema inquisitivo. En cambio la idea del *ius commune* latinoamericano sí contribuye a la noción de que parte de la reforma penal se ha guiado por principios garantistas porque la inserta en un movimiento regional a favor de los derechos humanos que escapa sólo del tema penal y es una reacción más compleja hacia el proceso democratizador en América Latina.⁴⁹

IV. CONDICIONES TEÓRICAS PARA UNA EXPLICACIÓN SOCIOJURÍDICA DESDE LA “CULTURA DEL CONTROL”

Queda por ver qué puede aportar la sociología jurídica a este debate, que por mucho ha sido bastante menor en México que lo que se ha dicho en la dogmática penal. En principio, lo más relevante que puede hacerse es acercar las condiciones teóricas, normativas y contextuales que resulten más útiles para iniciar esta discusión.

En la sociología jurídica se ha hablado desde hace algunos años del *giro punitivo* en las sociedades modernas. Este *giro punitivo* lo describe David Garland como un fenómeno que se presenta en las sociedades modernas tardías de los años setenta hasta ahora. Utilizando los ejemplos de Estados Unidos y de Inglaterra, el autor explica cómo las sociedades norteamericana e inglesa contemporánea se caracterizan por un impulso mayor a las funciones punitivas del Estado, hacia la masificación de las prisiones y en general hacia aprobar legislaciones más estrictas de combate a la delincuencia, todo provocado por lo que nombra la *cultura del control*.⁵⁰

Para este autor la cultura del control es un fenómeno por demás interesante de la modernidad tardía. En EE.UU. e Inglaterra, hasta los años sesenta del siglo XX, existió la noción de que el delito era producido por personas trastornadas psicológicamente o por personas expuestas a ambientes nocivos que habían trastornado su conducta; en cualquiera de los dos ca-

⁴⁸ Wodrow Wilson International Center of Scholars, Latin American Program, <http://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/Seguridad%20y%20Populismo%20Punitivo%20en%20America%20Latina.pdf>.

⁴⁹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, nota 46.

⁵⁰ Garland, David, *op. cit.*, nota 8.

sos, la responsabilidad de la sociedad era intentar rehabilitar a estos sujetos para que pudieran superar esos trastornos que los habían orientado hacia actividades delictivas. Este autor relata cómo el paradigma de la rehabilitación, característico de un *estado de bienestar penal*, sufrió una crisis importante en los años sesenta cuando se agotó ante las críticas de sectores liberales que protestaban por el tipo de tratamientos violatorios de derechos humanos al que eran sujetas las personas en rehabilitación y por las críticas de sectores conservadores que observaban que el proceso de rehabilitación no rendía los frutos necesarios y por lo tanto el delincuente volvía a las calles sin rehabilitarse; la crisis del paradigma de *estado de bienestar penal* hizo que se privilegie la histórica noción de castigo, contradiciendo el desarrollo que en la materia se tuvo en el último siglo.⁵¹

Para David Garland la coincidencia de la crítica desde ambos polos ideológicos dio como resultado el fin del *estado penal de bienestar* y abrió paso a la conformación de la *cultura del control*. La cual se caracteriza por olvidarse de la noción de que la sociedad tenga responsabilidad en la rehabilitación del delincuente y busca más bien su castigo y en último momento su erradicación; sus elementos más importantes son la presencia permanente del miedo a la delincuencia, la necesidad de protegerse en todo momento y el endurecimiento cada vez mayor de leyes contra el crimen y en general mayor presencia del tema. Garland señala que contrario a la noción de que esto sea una agenda conservadora o de los partidos políticos, en realidad es una cuestión extendida en la sociedad actual norteamericana e inglesa, un rasgo de la modernidad tardía.⁵²

Esas sociedades modernas tardías tienen una reacción superlativa al crimen alentada por el miedo y la ansiedad que les genera. Además, se convierte en un tema capitalizable por los políticos porque perciben que ella genera una buena respuesta a su labor en la sociedad, muy limitada por la reducción del tamaño del Estado, por las condiciones puestas por la economía de mercado. Las causas que da Garland para que aparezca esta *cultura del control* se encuentran en la forma de producción actual de las sociedades: el capitalismo en su fase más reciente, el intercambio de mercado, la participación de la mujer en el mercado laboral, la urbanización y suburbanización en la nueva ecología social, la creciente separación entre el ámbito laboral y doméstico, la televisión y los medios de comunicación masiva.

El trabajo de Garland es objeto de muchas críticas, pero también es una referencia obligada en el ámbito de la sociología jurídica para explicar mu-

⁵¹ *Ibidem*, pp. 81-89.

⁵² *Ibidem*, pp. 313-320.

chos de los acontecimientos que vivimos. El autor hizo su estudio respecto a las sociedades inglesa y norteamericana estableciendo que se limitaría a estas realidades, excusándose de los alcances que su estudio pudiera tener en otras latitudes. Algunos autores lo usan para el contexto latinoamericano y otros han manifestado su imposibilidad para hacerlo.⁵³ Más allá de estas discusiones es necesario resaltar algunos conceptos que la idea de *cultura de control* contiene que resultan aplicables a la realidad mexicana.

El primero de ellos es plantear la posibilidad de que en México exista un *giro punitivo*, es decir, una tendencia a aumentar el castigo, la presencia del delito en el discurso público y en general mayor interés por temas penales. La impresión al respecto es que debe darse una respuesta afirmativa, por lo menos en principio. Como se observa en la sección 1 de este trabajo las pocas reformas constitucionales previas a 1993 fueron orientadas a mejorar las condiciones de los procesados o sujetos a una sanción, la más importante la que puso la rehabilitación vía la educación y el trabajo en el centro del sistema penitenciario mexicano. A partir de 1993 se observa un endurecimiento en la redacción de normas constitucionales hacia una mayor función punitiva del Estado, en particular contra la delincuencia organizada, pero también una alineación del sistema mexicano con los paradigmas regionales de protección de derechos humanos. Si bien, el estudio se limita sólo a la reforma penal en el ámbito constitucional, la cantidad de reformas a leyes federales y estatales, así como las políticas públicas y los recursos humanos y financieros invertidos muestran que algo como un *giro punitivo* sucede en México desde la década de los noventa.

Lo siguiente para observar en la teoría de Garland es si podría atribuirse el *giro punitivo* a algo tal como la existencia de una *cultura de control* en la modernidad tardía mexicana. Éste es un debate mayor que requiere un trabajo más fino. Posiblemente en este aspecto se darían las más grandes divergencias si el tema prende en la academia. Pero antes de entrar a la cuestión de que la *cultura de control* pueda explicar el giro punitivo observado en el proceso de reforma penal en México, es bueno presentar algunas de las posibles explicaciones alternas.

La respuesta más inmediata al giro punitivo se encuentra en el incremento de las tasas delictivas. Es decir, ¿tendría sentido discutir siquiera la necesidad de dar una explicación al incremento de la función punitiva del Estado frente a las alarmantes cifras delictivas que se manejan? Para la mayoría de los autores, el problema de la criminalidad en México es tan alto

⁵³ Entre otros, Matthews, Roger, profesor de Criminología de la Universidad de Kent, Reino Unido.

que justificaría por sí mismo la reforma penal. Quienes defienden la existencia de un derecho penal del enemigo ordinario en la Constitución Política, muestran las tasas delictivas como razón suficiente para un incremento en la función punitiva tan amplio que permite la violación de derechos humanos en el ámbito constitucional. Pero ¿esto en realidad es así? ¿Una criminalidad alta justifica por sí misma el incremento en la punitividad? Aunque la respuesta al giro punitivo parece automática, el proceso es más sutil y podría acercarse a lo que señala Garland.

El giro punitivo como respuesta automática al incremento en las tasas delictivas no es tan automático como parece. Si se le pregunta a la gente en México, muchos estarán de acuerdo con sanciones mayores y disminución de garantía de derechos humanos como estrategia de combate a la delincuencia, pero muchos otros dirán que el incremento es una respuesta a cuestiones económicas, socioeconómicas o culturales que podrían combatirse de otra forma, más que con la instauración de un sistema penal violatorio de derechos humanos.⁵⁴ Otros incluso pensarán que mayores sanciones sólo servirán para que para que la sociedad siga lastimando a uno de sus sectores más desprotegidos. Y otros más serán incluso escépticos de que los índices de criminalidad que se presentan sean tales (¿cómo saberlo en un país en el que el delito no se denuncia?) o incluso que ése es un problema que no les afecta a ellos (sino a otras clases sociales o regiones del país) o que aún cuando les afecte, los funcionarios solamente protegen a las clases favorecidas y no buscarán protegerlos a ellos del delito.

Si bien todo esto requiere de sustento empírico para tomarlo como base, es posible sugerir que el *giro punitivo* no es una respuesta automática en la sociedad, sino que su presencia se debe a factores culturales desde donde se plantea, así que de la teoría de Garland por lo menos podríamos tomar la noción de que existe algo cultural que genera como respuesta un incremento en la actividad punitiva del Estado, y también que la diversidad de respuestas que pueden darse a la cuestión, muestra también una diversidad cultural e ideológica como respuesta al incremento delictivo.

El giro punitivo que se vive en México es un fenómeno que no es aislado de nuestro país, sino que compartimos con varias realidades en América Latina y, además, que se presenta al mismo tiempo que otro tipo de eventos como la democratización de la política y la liberalización de la economía. El tema de la democratización es relevante y lo han analizado diversos autores. Para éstos el rasgo más relevante que tiene el giro punitivo en América Latina es que coincide con la democratización de la región. Ellos observan

⁵⁴ Moreno H. Moisés, *op. cit.*, nota 6, pp. 165-167.

que el incremento en la función punitiva estatal es un medio de alejar de los procesos de toma de decisiones a algunos de los sectores que nunca han participado, pero podrían comenzar a participar, como estrategia de quienes hasta el momento fueron poseedores de la capacidad de tomar decisiones.

Así entonces, esta teoría pondría en juego la idea de que mientras mayores derechos políticos tenga una sociedad en general, mayor sería también la tendencia a tener una hiperpunitividad estatal sustentada en la necesidad de reducir la participación política de cierto tipo de sujetos. Estos autores negarían la posibilidad de que exista una “cultura de control” en América Latina, por ser su contexto diferente al de EE.UU. e Inglaterra, sino que más bien se han importado políticas públicas de combate al crimen desde Estados Unidos como una reacción de las jerarquías latinoamericanas a conservar el control de la toma de decisiones en un contexto democratizador.

Otra que vale la pena analizar está relacionada justamente con la importación de políticas públicas de combate al crimen. Se ha repetido en muchas ocasiones que muchas de las políticas públicas que se establecen en Estados Unidos repercuten en América Latina. Mucho de lo que aquí se hace se relaciona de alguna manera con los intereses y política exterior norteamericana. En el caso de la reforma penal, tanto en el combate al crimen organizado como en la transformación a un sistema procesal penal acusatorio, el diálogo entre los tomadores de decisión mexicana con los norteamericanos ha sido intenso y se han recibido recursos financieros y en especie para su puesta en marcha. Además, el Plan Mérida estableció formas de coordinación regional para el combate a la delincuencia organizada que dan la posibilidad de una participación norteamericana en la toma de decisiones mucho más intensa.

No es difícil encontrar voces que señalan que la reforma penal responde a los intereses del país vecino norteamericano y que en este proceso México tiene una función menor como una simple ficha de un tablero de ajedrez internacional. Además de todo lo anterior, el proceso de integración económica iniciado en los noventa con los Estados Unidos y Canadá hace que se incrementen las conjeturas de que es la mano directa norteamericana la que dirige los procesos de reforma penal en México, por la coincidencia en tiempo y espacio del giro punitivo con la integración de México al bloque norteamericano. Estas opiniones observan el proceso de reforma penal como una más de las reformas estructurales que ha vivido México en su proceso de integración.

Como toda opinión que cuenta con un buen número de suscriptores, éste es un elemento importante que debe tomarse en cuenta para el análisis de la reforma penal, pero que debería tomarse con mucha mayor cautela de

la que normalmente se expresa. Ya analizando otro tipo de procesos de reforma constitucional, destacados juristas han manifestado la importancia que tiene el proceso de integración y globalización de México, pero también la importancia que guarda el contexto interno en todo esto. ¿Sería posible que México adoptará por fuerza las decisiones impuestas desde Washington sin un proceso interno de adopción cultural que estuviera de acuerdo con ellas? Pareciera prácticamente imposible que solamente los argumentos de auto-ridad funcionaran para el caso, sosteniendo que la complejidad interna que se observa es un elemento relevante para estudiar esto.

Otro tema, relacionado estrechamente con la relación binacional entre Estados Unidos y México, que puede esgrimirse en esta discusión, es el cambio de modelo económico hacia la adopción de un sistema capitalista. A partir de los años ochenta la economía mexicana se ha integrado paulatinamente a un sistema capitalista, lo que ha requerido una serie de reformas estructurales importantes como la reducción del Estado y la reorientación del gasto público. Sobre el asunto sí hay mucho que decir. El cambio de paradigma de un Estado de bienestar a un Estado reducido tiene una gran repercusión en las expectativas del Estado mismo. Un Estado grande y fuerte que puede disponer de presupuestos amplios para incidir en distintas capas de la sociedad se sustituye por un Estado limitado y vigilado que escaso de recursos, tiene que pensar en la forma de distribuirlos mucho más eficientemente.

Además de lo anterior, un Estado pequeño se enfrenta al agigantamiento de otros sujetos como los poderes corporativos y medios electrónicos que lo condicionan en varios sentidos, no sólo nacionales, sino internacionalmente. Mucho se ha investigado en México sobre el poder que tienen estos dos en la toma de decisiones y, por ejemplo, el tema electoral. En distintos ámbitos se observa que el crecimiento de los poderes corporativos frente a la reducción estatal resulta en un límite para los Estados en la orientación de sus políticas públicas. Así entonces, una opción para la reforma penal hacia un derecho penal del enemigo ordinario, puede responder a la poca capacidad estatal de sostener una agenda de Estado de bienestar en cualquier ámbito incluido el penal, así como al crecimiento de la participación política de sectores corporativos que limiten sus opciones de toma de política pública.

Esta última explicación puede ligarse de mejor manera con las explicaciones sobre el derecho penal del enemigo. Un Estado reducido, con pocas opciones de actuar frente a los poderes corporativos, es posible que encuentre en legislaciones penales más estrictas la posibilidad de actuar que se le han quitado por otros medios. Así por ejemplo al lanzar una lucha contra el crimen organizado, el Estado puede hacer uso de recursos y de su poder

con la capacidad de un Estado fuerte, aunque sea para un fin más reducido que anteriormente. Ahora bien, el cambio hacia una economía capitalista genera que el Estado no pueda decidir abiertamente quién es su enemigo, sino que sus elecciones se mantengan bastante más cerradas a cierto tipo de individuos que pudiera pensarse que atentan contra la sociedad en su conjunto como terroristas, delincuencia organizada o grupos subversivos.

En los casos norteamericano, español e inglés, está bien documentado que dicho enemigo ha sido en más de una década el “terrorismo”. Para el caso latinoamericano y mexicano específicamente el enemigo ha sido “la delincuencia organizada” o los grupos subversivos armados. Así entonces, los Estados como el mexicano conservarían un poco del poder que gozaron antes de la apertura a una economía de mercado para mantener su relevancia dentro del sistema social. No hay que descartar que el crecimiento de la punitividad en México se ha acompañado de voces que señalan que la seguridad pública es la actividad principal del Estado; el mismo derecho penal del enemigo se sitúa como una cuestión central del contrato social, según Jakobs.

La idea del giro punitivo como una reacción a la integración a la economía de mercado en México coincide en muchos aspectos con la teoría de “cultura del control” de Garland. Así como Garland advierte que en Estados Unidos y en Inglaterra en los años sesenta se agotó un Estado de bienestar e inició un giro punitivo, lo mismo podemos señalar del caso mexicano en los noventa. De la misma forma que se incrementa la penetración cultural de la televisión y los medios masivos de comunicación en esos países por las últimas cuatro décadas, México ha sufrido un fenómeno parecido. E incluso en algunos temas como el trabajo femenino fuera de casa, el proceso en México es mucho más extenso y en ocasiones dramático.⁵⁵ Pero entonces, ¿por qué a la par de la existencia de un derecho penal del enemigo, existe un crecimiento del discurso garantista en la Constitución?

Aún cuando la experiencia de la modernidad se vive distinta en los distintos lugares, como señala Boaventura de Sousa Santos, lo cierto es que la globalización hace que algunas características repercutan de forma similar en distintos lugares, aunque su volumen y contexto sean diferentes. Podríamos pensar que la “cultura del control” sirva para generar una explicación adecuada al proceso de reforma penal en México, siempre y cuando guardemos las proporciones de los acontecimientos e incorporemos la complejidad del contexto mexicano.

Si asumimos que la teoría de la “cultura del control” puede servir para elaborar una explicación válida para el caso mexicano, me parece impor-

⁵⁵ Véase caso Campo algodonoero.

tante plantearnos el proceso mediante el cual dicha “cultura de control” se instaura en la sociedad. Garland plantea que es mediante mecanismos propios de la modernidad tardía que se hace, y que tiene su vía más efectiva a partir de canalizar los sentimientos de ansiedad y miedo que genera la percepción sobre la delincuencia. En México las cifras de delincuencia son altas, tanto por sí mismas, como por el tratamiento mediático que se hace de ellas, como del discurso oficial al respecto. ¿Generaría el mismo impacto en la aprobación de cambios constitucionales las tasas delictivas sin venir acompañadas de las imágenes burdas y cruentas de la guerra contra el narcotráfico que se presentan en televisión? ¿Consideraríamos los mexicanos a la seguridad pública como uno de los principales problemas de la Nación sin que viéramos los retenes militares en las calles o camiones de encapuchados armados en las vías principales? La ansiedad y miedo que genera la “cultura de control”, como dice Garland, son elementos de la modernidad tardía. Pero esos elementos no son neutros, sino que pueden ser activados por distintos medios, principalmente de comunicación y con las políticas anticriminales.

Ahora bien, ¿qué provoca que, a pesar de la fuerza y condiciones contextuales del discurso y el crecimiento de un derecho penal del enemigo de ordinario, a la par exista un crecimiento de un discurso garantista favorable a la protección de los derechos humanos? O, en otras palabras, ¿por qué en el proceso de reforma penal puede verse tanto una lógica del derecho penal del enemigo como de protección regional a los derechos humanos? En mi opinión factores históricos, así como una experiencia distinta de la modernidad ayudan a responder por qué el derecho penal del enemigo no consigue avanzar más allá de los límites que actualmente le impone el crecimiento de protección a los derechos humanos en México desde el contexto regional. La forma en que se vive la experiencia de la modernidad es un punto importante desde una visión cultural. La modernidad que vive México desde los años noventa es una modernidad de la desigualdad, en donde son muy pocos quienes se han beneficiado de ella y la gran mayoría que no lo ha hecho. Siendo, como se interpreta del discurso de Garland, que la cultura de control es una cuestión de debate entre las clases medias de las naciones, es posible observar que la clase media en México ha vivido un proceso amplio de reducción que le quita mucha fuerza en el debate público y que sin duda, a pesar de que el discurso de la cultura del control tiene eco en este nivel, su fuerza política es reducida frente a otro tipo de prácticas corporativas que dominan el escenario nacional.

Un tema por demás importante es la posición que tienen los doctrinarios en el proceso de construcción de una cultura de control. Mientras que

los políticos, de todos los partidos, parecen impulsarla sin recato, gran parte de la sociedad se muestra escéptica al avance del tema y a su vez prefieren encontrar respuestas a los graves problemas sociales en el movimiento regional hacia un *ius commune* de protección a los derechos humanos que en el incremento del uso de la fuerza estatal. Sin ser ajenos a ella y de cierta forma tolerando la existencia de un régimen ordinario de derecho penal del enemigo, la academia mexicana se decanta en mayor cantidad por la construcción de un discurso de derechos humanos que por el de un derecho penal del enemigo.⁵⁶

De igual forma sucede con las organizaciones de la sociedad civil. Es posible encontrar importantes representaciones sociales de los dos lados. Particularmente las organizaciones contra el secuestro, ligadas a grupos empresariales privilegian un discurso de incrementar el giro punitivo como respuesta a la delincuencia. Pero del otro lado del espectro es posible ver organizaciones que se oponen a mayor intervención del Estado en los temas de combate al delito e incluso se ubican organizaciones que sus discursos se encuentran mezclados entre la búsqueda de, por ejemplo, mayor protección a las víctimas y un ejercicio del poder público que no viole los límites de los derechos humanos ordinarios.

Un tema relevante para la adopción del discurso de la cultura del control en México es que su arribo a la Constitución mexicana se dio hasta los años noventa, lo que permitió que la crítica avasalladora de los años setenta al Estado penal de bienestar en Estados Unidos e Inglaterra, en México tuviera que enfrentarse al nacimiento de una idea regional de respeto a los derechos humanos que pone en serio cuestionamiento la existencia de un derecho penal del enemigo ordinario y cualquier otra forma de legitimar un giro punitivo para controlar el problema de la criminalidad.

Por lo anterior es que utilizando la teoría de David Garland resulta posible explicar el proceso de reforma penal en México vivido entre 1993 y 2008 como la convivencia entre dos epistemologías distintas para el tratamiento de los conflictos delictivos en México, como parte de la modernidad tardía que se vive en este país. Así el crecimiento de “un derecho penal del enemigo” impulsado por el discurso oficial y por un sector importante de organizaciones de la sociedad civil enfrenta en México el proceso de modernidad tardía caracterizado no sólo por las temas tradicionales que señala Garland, sino por condiciones contextuales propias de nuestra nación, de

⁵⁶ Cabe aclarar que el discurso de los derechos humanos no es neutro y que el discurso de la cultura de control en gran parte se apoya también del de derechos humanos principalmente desde los derechos de la víctima y el derecho a la seguridad pública.

nuestra propia experiencia de la modernidad, como la integración a una protección regional o *ius commune* de derechos humanos.

El debate entre estas diversas epistemologías, reflejado en el proceso de reforma penal de la Constitución mexicana, es un asunto que se prevé continúe en los próximos años. Mientras un derecho penal del enemigo va permeando entre las esferas de poder de un Estado pequeño limitado en sus posibilidades y en algunos sectores de la sociedad mexicana que viven una modernidad tardía más parecida a la experiencia norteamericana, también es previsible que el discurso de un *ius commune* latinoamericano de derechos humanos se fortalezca y oponga mayor resistencia a algunos de los paradigmas del giro punitivo. Mientras tanto el resultado previsible es que la Constitución mantenga por algún tiempo más la existencia de estas dos epistemologías jurídicas en su interior.