

## MÉXICO EN TRANSICIÓN: RUMBO A UN NUEVO PARADIGMA DE JUSTICIA PENAL

Francisco Roberto Ramírez Ramírez<sup>1</sup>

**RESUMEN:** México está en medio de una actividad de rompimiento de un paradigma, aún no termina en plenitud de dejar atrás un sistema de enjuiciamiento penal y está intentando instaurar uno nuevo; sin embargo al respecto, no todo es simplemente procedimiento, no debemos olvidar que estas decisiones legislativas llevan de por medio también reflexiones que tienen que ver con las políticas públicas en materia de criminalidad, al respecto, el presente estudio pretende desde esa perspectiva analizar críticamente la transición rumbo al nuevo paradigma de justicia penal.

**ABSTRACT:** Mexico is in the middle of breaking a paradigm, not over yet fully to leave behind a system of criminal prosecution but is trying to establish a new one, but on this, not everything is just procedure, we must not forget that these legislative actions are carrying through reflections about public policy on crime, in this respect, the present study aims to critically analyze, from this perspective, the transition toward the new paradigm of criminal justice.

**PALABRAS CLAVE:**

Reforma penal, sistema de justicia penal, política criminal, narcotráfico.

**DESCRIPTORS:**

New criminal legislation, criminal justice system, criminal policy, drug trafficking.

**SUMARIO:**

1. La reforma constitucional penal: una reflexión general. 2. Fuentes de conocimiento en que se funda la reforma constitucional penal. 2.1. Realidad socio-jurídica del México contemporáneo. 2.2. Globalización. 2.3. Democracia. 2.3.1. Documentos internacionales de derechos humanos. 2.3.2. La Reforma de excepciones, indicador de regresión democrática. 2.4. Aproximación político-criminal. 2.4.1. Algunas razones expuestas. 2.4.1.1. El sistema de justicia penal mexicano ha dejado de ser eficaz. 2.4.1.2. Ruptura del monopolio de la acción penal. 2.4.1.3. Facultades investigativas de la policía. 2.4.1.4. Prisión preventiva. 2.4.1.5. Solución alternativa del conflicto penal. 2.4.1.6. Calidad del acusado. 2.4.1.7. Un sistema garantista 3. A manera de conclusión.

---

<sup>1</sup>Profesor Investigador con acentuación en ciencias penales y filosofía del derecho, en la Facultad de Derecho de la Universidad de León; miembro de la Honorable Academia Mundial de Educación.

## **1. LA REFORMA CONSTITUCIONAL PENAL: UNA REFLEXIÓN GENERAL**

Junio 18 de 2008 encarnó para México un cambio paradigmático, ya desde la arista intrínseca del procedimiento penal, pero también en cuanto a su significancia para el entorno, no solo jurídico sino político e incluso social. Si pretendemos avisar la suerte de la reforma constitucional penal debemos comenzar por evitar acotamientos en nuestras reflexiones por tópicos puramente legalistas, menos aún por reductos procesales. Sigamos con una mirada de historicidad la evolución de esta reforma; claro, sin hacer a un lado el núcleo del evento, pero atendiendo además sus fuentes, su desenvolvimiento, sus motivos y propósitos, todos como composición de este proceso de transición.

Si revisamos los rubros antes propuestos, podremos entender que nuestras reflexiones no pueden ceñirse a la interpretación jurídica del texto de la reforma constitucional penal; tenemos que ampliar el panorama de este pensamiento y revisar los temas que circundan este evento, aquellos títulos que no debemos denostar a circunstanciales por que escapan a nuestro escueto pensamiento jurídico.

No pretendo que se tome por pasmosa la reforma constitucional penal, menos en un país como México, donde las adecuaciones de la Constitución han sido abundantes, dentro de las cuales no pueden pasar desapercibidas las que se refieren al ámbito penal; tampoco cual panacea de los malestares que aquejan a nuestra realidad social contemporánea. El hecho de que esta decisión del Estado se realice en un panorama como el que México vive en estos días, de sí ya da alguna evidencia de estos indicadores extralegales, la ardua labor de su publicitación con motivo de los eventos delincuenciales tan cotidianos, también; pero existen otros datos quizá menos evidentes que también conviene ser revisados.

Una primera aproximación, y quizá aún muy aventurada conclusión, es que el Estado Mexicano ha considerado que el sistema de justicia penal previo a la reforma era insuficiente, tal vez indigno, o cuando menos inadecuado, pues la reforma planteó cambios muy significativos, que implicarán además una implementación de proporciones mayúsculas.

Sobre la Reforma algunas voces se han manifestado, por ejemplo Javier Dondé Matute, desde el interior del Instituto Nacional de Ciencia Penales planteó una tesis en la que augura con la reforma constitucional penal el desuso de la teoría del delito; plantea que parámetros procesales y sobre todo probatorios han sustituido los conceptos que aportaba la teoría del delito, lo que le condena a su extinción<sup>2</sup>. La misma idea plantea refiriéndose particularmente al Auto de Vinculación a Proceso, al decir: “como se puede observar, el cambio sustancial que se realizó consistió en abandonar el concepto de <<cuerpo del delito>> por <<datos que establezcan que se ha cometido un hecho>> delictivo. Este cambio consiste en desincorporar un concepto dogmático, propio del Derecho Penal sustantivo, para remplazarlo por conceptos estrictamente procesales [...] su comprobación ya no dependerá de las teorías dogmáticas en boga, sino de lineamientos probatorios<sup>3</sup>.”

Por su parte, Javier Jiménez Martínez, en sentido contrario señala –en particular referencia a la tesis de Dondé– que la reforma

---

<sup>2</sup>DONDÉ MATUTE, Javier: Crítica a la teoría del delito: Bases para su destrucción. Consulta en línea, en: [http://www.inacipe.gob.mx/index.php?option=com\\_content&view=article&id=177:critica-a-la-teoria-del-delito-bases-para-su-destruccion&catid=32:javier-donde-matute&Itemid=139](http://www.inacipe.gob.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=177:critica-a-la-teoria-del-delito-bases-para-su-destruccion&catid=32:javier-donde-matute&Itemid=139) fecha de consulta: Julio 27 de 2011.

<sup>3</sup>DONDÉ MATUTE, Javier: Auto de vinculación a proceso, en: “*Criminogénesis, revista especializada en criminología y derecho penal*” año 3, número 6, México, Febrero de 2010, p. 18.

constitucional penal no significa el desuso de la dogmática penal, pues es el orden normativo penal lo que hace que nazca la teoría del delito, y sus bases son indestructibles en un Estado cuyo eje principal es la lucha por la democracia y la protección de las garantías de sus ciudadanos, además de que esta condición obedece en buena medida al poderoso influjo del pensamiento sistemático del que México es heredero<sup>4</sup>.

Gerardo Laveaga reflexionando en torno a la reforma constitucional penal escribió: “debemos celebrar la iniciativa del Presidente Felipe Calderón y la responsabilidad con la que ha actuado el Congreso de la Unión, que ahora ponen a nuestro alcance instrumentos que bien utilizados, apoyados con recursos financieros y capacitación, permitirán a los mexicanos elevar su calidad de vida y dar un paso más hacia el Estado Democrático de Derecho al que todos —o casi todos— aspiramos”<sup>5</sup>; en franca respuesta a quienes han criticado la Reforma Constitucional Penal. También ha dicho que la idea de la reforma es que la mayoría de los asuntos penales se diriman a través de mecanismos de justicia alternativa, como la mediación, la conciliación y el arbitraje, de tal suerte que no tengan que llegar a juicio<sup>6</sup>. En contrapunto, el Dr. Moisés Moreno Hernández, ha referido sobre los mecanismos alternativos de solución de controversias en torno a la reforma, que no tienen que ser la regla, sino la excepción, pues de otra manera se sustituye al sistema de justicia penal, o se crea de antemano un sistema

---

<sup>4</sup>JIMENEZ MARTÍNEZ, Javier: Teoría del delito en el nuevo procedimiento penal mexicano: su importancia, en: “*Criminogénesis, revista especializada en criminología y derecho penal*” año 2 (sic), número 7, México, Septiembre de 2010, p. 77 y ss.

<sup>5</sup>LAVEAGA, Gerardo: ¿Quién teme a la reforma penal? Consulta en línea en: [http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Iter%20Criminis%20Documentos/Iter%20Criminis%20Numero\\_3/quien%20teme%20reforma%20penal.pdf](http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Iter%20Criminis%20Documentos/Iter%20Criminis%20Numero_3/quien%20teme%20reforma%20penal.pdf) fecha de consulta: Julio 27 de 2011

<sup>6</sup>LAVEAGA, Gerardo: ¿Para qué sirve la reforma penal? Postura en: “*El mundo del Abogado*” año 13, número 142, México, Febrero de 2011, p. 19.

incapaz de cumplir con su función al agregarle una serie de muletas o salidas de escape<sup>7</sup>.

Don Sergio García Ramírez al cavilar sobre la reforma, sostiene que en años recientes hemos desacelerado la marcha del desarrollo, e incluso iniciado un camino de retorno, auspiciado por espesos discursos que cubren con argumentos democráticos los retrocesos que determinan el autoritarismo<sup>8</sup>. “El autoritarismo confía en el control social punitivo: quiere gobernar con el código penal en la mano. De ahí que multiplique los tipos penales, incremente las calificativas, explore nuevas maneras de regular la conducta con la amenaza de la pena, invoque la seguridad para abrir la brecha de la inseguridad, ofrezca mano dura –y providente-, que en su hora será martillo sobre las libertades y las garantías de los ciudadanos”<sup>9</sup>. Como se advierte, las posturas sobre la reforma, y sobre temas particulares que ésta aborda, no son uniformes, cada uno de los autores que he referido tienen una trayectoria notable y son voces reconocidas que debemos atender, de mi parte procuraré con el rigor metodológico debido llegar a una aproximación crítica sobre el particular, que aunque desde ahora la ofrezco, no la detallaré sino hasta más avanzado el desarrollo de este trabajo.

## 2. FUENTES DE CONOCIMIENTO EN QUE SE FUNDA LA REFORMA CONSTITUCIONAL PENAL

*Ubi societas ibi jus, ubi ius ibi societas*<sup>10</sup>; quiero utilizar este aforismo latino para recordar una parte elemental del derecho, su

---

<sup>7</sup>MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, en entrevista para: “*El mundo del Abogado*” año 13, número 142, México, Febrero de 2011, p. 16.

<sup>8</sup>GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: *La reforma penal constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?*, 2ª ed., Porrúa, México 2009, p. 7.

<sup>9</sup>*Ibidem* p. 5.

<sup>10</sup> Donde hay sociedad hay derecho, donde hay derecho hay sociedad.

teleología; pero más aún para indicar y no olvidar que en la otra cara de esta moneda también existe una etiología, a la que claro, también debe atender la norma. Los procesos de construcción discursiva, estratificación y estructuración del pensamiento, y sin duda la formación de los cuerpos legales, atienden a estos linderos; no puedo imaginar una actividad de esta naturaleza sin una fuente ni un destino; con este motivo considero oportuno revisar algunos rubros que nos den visos ciertos de éstos.

## 2.1. REALIDAD SOCIO-JURÍDICA DEL MÉXICO CONTEMPORÁNEO

México atraviesa por una coyuntura complicada, donde los temas de seguridad y criminalidad se han vuelto de primer orden; en la *guerra contra el narcotráfico* se ha instrumentado toda la voluntad del Estado, a la par la sociedad se manifiesta sobre los propios, especialmente con zozobra y abatimiento. Algunos datos conocidos –que quizá con la debidas providencias podríamos extrapolar desde ahora- nos indican que la percepción de inseguridad ha ido creciendo año con año, como también ciertos fenómenos criminales, sobre todo algunos íntimamente vinculados con la criminalidad organizada, por ejemplo: la contabilización de mil ejecuciones por año, de 2005 a 2010 redujo su temporalidad de realización alarmantemente, de 254 días a sólo 34, pasando por 181, 134, 113 y 91 respectivamente en cada año de este período<sup>11</sup>.

En Agosto de 2010, el CISEN<sup>12</sup> reconoció que en lo que iba del sexenio corriente, habían sucedido ya 28,000 muertes relacionadas con

---

<sup>11</sup> RAMÍREZ RAMÍREZ Francisco Roberto: Política criminal contra el narcotráfico: el caso mexicano, en: “*Corrupción Institucionalizada ¿Mito o realidad?*” coordinador Alejandro Carlos Espinosa, Ed., Criminogenesis /Dofiscal, México, libro en proceso editorial para su publicación.

<sup>12</sup> Centro de Investigación y Seguridad Nacional.

la *guerra contra el narcotráfico*<sup>13</sup>, y como éste, son muchas los datos de los que tenemos conocimiento cada día, relacionados con la criminalidad, estas referencias son muestra parcial de la realidad histórica por la que atraviesa nuestro País, asimismo, estos temas se han vuelto muy cotidianos en los medios de comunicación: prensa, televisión, radio e internet, y no puedo dejar pasar por alto que la mediatización también es un fenómeno que agudiza la percepción social<sup>14</sup>.

Como ya alguna vez indiqué citando algunas ideas de PAUL SWARTZ, la conducta humana como proceso histórico no se puede entender separadamente de los acontecimientos socioculturales que la circundan, como factores que eventualmente la condicionan, de ahí que coincido en sostener que los eventos criminales, su mediatización y también la respuesta del Estado con este respecto, es decir las políticas públicas en materia de criminalidad, se convierten en fenómenos exógenos de la percepción social del sistema penal. Así, la realidad socio-jurídica se conforma al paso de los días con estos elementos, que se vuelven objeto de percepción, primero como experiencia de los miembros de la sociedad que nos vemos inmiscuidos en tal fenómeno, pero también como objeto de miramiento desde el exterior.

Ciertamente, México y la *guerra contra el narcotráfico* que hoy se lidia en nuestro territorio, se han vuelto mira de atención internacional, personalidades como Barack Obama, Hillary Clinton, Collin Powell, Kevin

---

<sup>13</sup>“Cisen: 28 mil muertos por guerra a narco” en: *El Universal*, México D.F. 3 de Agosto de 2010, consulta en línea, en: <http://www.eluniversal.com.mx/notas/699304.html> fecha de consulta: Julio 25 de 2011

<sup>14</sup>Vid., SOTO NAVARRO Susana: “La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia”, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, septiembre de 2005, consulta en línea: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-09.pdf> fecha de consulta: Julio 27 de 2010.

L. Perkins, Janet Napolitano y Antonio Luigi Mazzitelli<sup>15</sup> se han manifestado con este respecto, dirigiendo su mensaje tanto al pueblo mexicano, como al resto del mundo, ¿Cuál es este mensaje? <<México está plagado por la delincuencia organizada, México es un país inseguro, México es un país temeroso, México es un país insuficiente, México tiene un sistema penal incompetente>>. Puntualmente, la organización *Human Rights watch* en su reporte mundial 2011, capítulo México, indica: "Muchos de los problemas más graves de derechos humanos que se manifestaron en México durante 2010 fueron el resultado de enfrentamientos violentos entre las fuerzas de seguridad del Estado y el crimen organizado, así como entre distintos grupos delictivos. Si bien el Ejército mexicano continúa cometiendo graves abusos durante operativos de seguridad pública, los responsables casi nunca responden ante la justicia por sus actos. Cada vez más periodistas, defensores de derechos humanos y migrantes son atacados deliberadamente por grupos delictivos y miembros de las fuerzas de seguridad. No obstante, México no ha ofrecido protección a estos grupos vulnerables ni ha investigado adecuadamente los delitos de los cuales han sido víctimas"<sup>16</sup>.

Desde el exterior, ésta es la realidad socio-jurídica que de México contemporáneo se percibe, una vinculación entre el elemento humano y legal de nuestra nación en una crisis por resolver y superar los males que le aquejan, situación que no es desconocida para nosotros, los miembros sociales. Sobre ésta, concretamente como fuente de la Reforma podemos advertir un *conocimiento previo*: el sistema mexicano de justicia penal es un sistema fallido. Como ya indiqué en líneas anteriores, el hecho de que la Reforma Constitucional sobre el sistema

---

<sup>15</sup> Respectivamente: Presidente de USA, Secretario de Estado de USA, Ex-Secretario de Estado de USA, subdirector de la División de Investigaciones Penales del FBI, secretaria de seguridad interna de Estados Unidos y representante de la oficina regional para México, América Latina y el Caribe, de la ONU contra la Droga y el Delito.

<sup>16</sup> Human Rights Watch: World Report/2011, capítulo México. Consulta en línea en: <http://www.hrw.org/es/world-report-2011/mexico-0> fecha de consulta: Agosto 16 de 2011



de justicia penal suceda en este momento, nos hace advertir este indicador, la cresta de violencia, delincuencia, y sus consecuencias que sobrevienen en México, han acorralado al Estado a tomar decisiones sobre dichos tópicos, hasta ahora la respuesta más evidente y quizá la más rentable mediáticamente, ha sido la lucha frontal contra el narcotráfico, la mano firme y decidida del Estado que arremete con el código penal para frenar estos fenómenos; lo digo así porque el propio Estado es quien ha usado esta terminología en sus ocasiones de difusión.

Esta reflexión no es tan novedosa como podríamos pensarlo, ya desde hace 50 años al menos, se cavilaba sobre la crisis en la administración de justicia penal, sobre la idea de que la criminalidad es una sombra que persigue a la sociedad y que con ella evoluciona organizándose y especializándose. Entonces ya se hablaba también de impunidad, de corrupción, del aprieto en que se hallaban las políticas de prevención social del delito<sup>17</sup>.

Podemos así notar que la sociedad, de un trecho temporal importante a la fecha comparte en lo substancial esta misma idea con el Estado; se cree que el sistema de justicia penal ha sido incapaz de frenar la delincuencia, que es un sistema corrupto, que es un sistema ignorante, y que es un sistema insuficiente para atender la evolución de la criminalidad; este *concepto colectivo* ha sido causado por los factores que como ya se indicó, inciden en la modulación de esta conciencia. Sin embargo, justo ahora deberíamos formular una interrogante más: ¿Es el sistema penal el encargado de abolir la criminalidad? Ante los fenómenos que están sucediendo la respuesta parece evidente y sobre todo contundente: *Sí*. Las redes de esta relación sin embargo, son

---

<sup>17</sup>Vid., QUIRÓZ CUARON, Alfonso: Crisis de la Administración de Justicia Penal, en: "Temas y problemas de la administración de justicia en México" antología, selección de José Ovalle Favela; Miguel Ángel Porrúa Editor, México 1985, p. 295 y ss.

mucho más complejas que esta afirmación. Quizá un gran número de miembros del entramado social hayan inclinado postura por esta vía: <<descargar la responsabilidad de los fenómenos criminales en el derecho penal y su instrumentación procesal>>; pero ello no significa que el resto deba de coincidir, comulgar, o favorecer tal postura, por el contrario la pluralidad es aquí la mejor herramienta rumbo a la certeza, porque sólo ante la superación de la adversidad de esta crisis fáctica y conceptual se podrá adecuar de mejor manera este *concepto-objeto* como proceso real-histórico. La anterior idea se propone como medio de instrumentación para la transición ante cuyo umbral nos encontramos; porque ni el azar ni el porvenir, tan arraigados en la sociedad mexicana<sup>18</sup> podrán encargarse de este epígrafe.

## 2.2. GLOBALIZACIÓN

El mundo contemporáneo evoluciona a una velocidad vertiginosa, básicamente por estándares cibernéticos y *la economía* se ha consolidado en principal esencia de la evolución de nuestros tiempos; el derecho y los sistemas jurídicos no han escapado a esta tendencia<sup>19</sup>. "Los modelos económicos de desarrollo, y en sí mismo el poder económico que está detrás, en buena medida ha condicionado el desarrollo del Derecho en cualquier par de temporadas espacio-temporales"<sup>20</sup>. Así, la reforma constitucional penal atiende también a estos parámetros. Para algunos, la globalización es entendida como la expresión del imperialismo estadounidense, de algún modo

---

<sup>18</sup> CÁRDENAS VIDAURRI, José Honorio y ZACARÍAS, Israel Casimiro: Sociología mexicana, reimpresión de la 1a ed., Trillas, México 2006, p.166 y ss.

<sup>19</sup> Al respecto, *Vid.*, GRÜN, Ernesto: Las globalizaciones Jurídicas, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2367456> fecha de consulta Septiembre 16 de 2011.

<sup>20</sup> REVUELTA VAQUERO, Benjamín: Derecho y Globalidad, en: "*Retos y perspectivas de la enseñanza del derecho*", Luis Felipe Guerrero Agripino, coordinador, Facultad de Derecho, Universidad de Guanajuato, México 2007, p. 199.

complementado por fuerzas europeas y asiáticas<sup>21</sup>; sin embargo, creo que para fines serios debemos evitar prejuicios de este tipo, efectivamente la moderna aparición de la globalización ha tenido como fuertes actores a los ya enunciados, en torno a la dinámica del capitalismo; sin embargo condiciones como éstas -nos enseña la historia- ya han sucedido en otro tiempo y otros lugares; "las tendencias integracionistas de los diferentes pueblos en el tiempo son una parte importante en la conformación de los procesos de globalización y tuvieron una expresión manifiesta en el expansionismo comercial de los fenicios o en el militar del Imperio Romano, Español e Inglés principalmente. El descubrimiento de América, los viajes de Marco Polo y las conquistas de Darío y Alejandro respondían a un deseo de unificar el mundo"<sup>22</sup>. Sin conceder alguna orientación definitiva sobre el particular, que escapa a los fines de este trabajo, ante todo considero conviene distinguir a la globalización como objeto cognitivo y como un instrumento operativo.

La globalización es un concepto u objeto de estudio<sup>23</sup>; una idea que como cualquiera es útil para delinear los procesos humanos. En términos muy llanos podemos entenderla como una tendencia del Estado en los procesos macroeconómicos; tendencia, porque en alguna medida influye en la convicción de las decisiones que éste asume<sup>24</sup>; pero asimismo también, es una proceso operativo<sup>25</sup> en la búsqueda de

---

<sup>21</sup> CODEVILLA, Hugo: México 2006-2009 la coyuntura adversa, Miguel Ángel Porrúa Editor, México 2008, p. 21.

<sup>22</sup> OPALIN CHMIELNISKA, León: ¿Globalización de la crisis o crisis de la globalización?, Porrúa, México 2005, p. 1.

<sup>23</sup> Al respecto también: ARÉVALO MUTIZ, Paula Lucía: Los desafíos del derecho frente a la globalización, en: revista "*Vía Juris*" número 4, año 2008, p. 76, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3293516> fecha de consulta: Septiembre 16 de 2011.

<sup>24</sup> Sobre el particular Revuelta Vaquero considera que sucede un condicionamiento por supradeterminación de tramas, así el entramado económico presiona al político para que a su vez ajuste el jurídico.

<sup>25</sup> ARÉVALO MUTIZ, Paula Lucía. *Ob.*, *Cit.* p.76.

rentabilidad por conducto de la internacionalización de la circulación de bienes, servicios y capitales. Ahora, la interrogante al respecto se esperaría obvia ¿Qué tiene que ver la mundialización de la economía o moderna globalización con el sistema de justicia penal? La transnacionalización de las relaciones estatales implica una inversión de fase del Estado, particularmente del mexicano, que tradicionalmente conducía la mayoría de sus procesos centrípetamente -dentro de ellos claro, los económicos, pero también los relativos al sistema de justicia- pero que al paso del tiempo se ha sumado a la fuerza centrífuga de las potencias contemporáneas<sup>26</sup>.

Este concepto, en el ámbito político y legal se traduce en postulados que guían o pretenden guiar al sistema normativo, y con ello también las actuaciones del sistema de justicia. Comenzando con la idea misma de Estado, según los postulados *Hegelianos* el Estado es la representación más acabada del proceso dialéctico, y así el fundamento de la organización social<sup>27</sup> idea en la que se sostiene la noción de Estado Nacional. Hoy en día, surge una nueva noción de Estado, el Estado Global, con la que los instrumentos normativos se ven forzados a un ajuste<sup>28</sup> en aras de congruencia y verdadera utilidad<sup>29</sup>, pues la contraposición de estos factores, ante su aún tardía homologación ha generado vacíos que ocasionalmente desembocan en detrimentos de derechos fundamentales, "estas circunstancias nos muestran que la nueva situación que vive el Estado Nacional frente al sistema global,

---

<sup>26</sup> No se juzgue inmediata, contextualice la aseveración pues el cambio de que hablo podría referirse incluso a la baja edad media, la transición rumbo a la edad moderna.

<sup>27</sup> GARCÍA SILVA, Gerardo: La reforma al sistema de justicia penal, consulta en línea en: [http://www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/NUMero6\(4aepoca\)/02GarciaSilvaSP.pdf](http://www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/NUMero6(4aepoca)/02GarciaSilvaSP.pdf) p. 68, fecha de consulta: Agosto 16 de 2011

<sup>28</sup> El ajuste del que hablo es referido primordialmente al orden normativo mexicano, ya que la realidad es la que ha orillado a los ajustes normativos; en otros estados, la reforma política y normativa fueron las guías de la apertura mundial, mundialización o globalización del respectivo Estado, particularmente aquellos que del capitalismo hicieron el eje rector de su desarrollo.

<sup>29</sup> Al respecto, *Vid.*, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: La expansión del Derecho Penal, 3ª ed., Editorial B de F, Argentina 2011, p. 91 y ss.

requiere de controles que se proyecten también de la misma manera con el objeto de atacar los obstáculos que impiden la protección cabal de los derechos fundamentales y el desarrollo humano<sup>30</sup>. Es así como la globalidad se convierte en un fundamento teórico que repercute en la transformación de los sistemas políticos y legales.

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte del que México es partícipe, es un claro ejemplo de esta *tendencia*, por virtud de éste, bienes, servicios y capitales transitan entre los Estados miembros: Canadá, Estados Unidos y México; pues bien, su suscripción atiende sin lugar a dudas a cuestiones de economía, pero también tiene implicaciones políticas y jurídicas, con su adopción el entonces presidente mexicano Don Carlos Salinas de Gortari, asumió también un compromiso de adecuación normativa; así la reforma constitucional penal atiende a la globalización desde las dos vertientes ya expuestas, como objeto de conocimiento, y como proceso operativo para la instrumentación de funciones económicas; luego entonces, la globalización sí tiene alguna incidencia en los marcos normativos, puntualmente sobre el nuevo sistema de justicia penal tiene una incidencia evidentemente directa.

Ésta decisión quizá podríamos atemperarla a una *cortesía política*, con la que la homologación de los sistema procesales se ofrece como terreno fértil para la solución de cualquier desavenencia entre los miembros de los Estados partícipes, pues incluso puntualmente su artículo 1210 indica un compromiso cierto para la incursión de los profesionales de los estados miembros para ejercer en territorio nacional sin requisitos de nacionalidad o residencia permanente. La globalización pone en íntimo contacto a diferentes sistemas, con diferentes grados de desarrollo económico y de organización social,

---

<sup>30</sup> BRITO MELGAREJO, Rodrigo: Constitucionalismo global, Porrúa, México 2005, p. 129.

estos dos factores son pieza clave del ente social y consecuentemente del Estado, que presentará también -por muy cercano que pueda ser a otro Estado miembro- diferencias normativas resaltables.

Con estos procesos globalizadores y los compromisos asumidos en tal instrumento, México con una tradición romanística<sup>31</sup> y un proceso legal ya enraizado, se ha colocado frente a un sistema normativo que atiende en mayor medida al cuño anglosajón, se señala incluso como específica referencia al sistema estadounidense; lo cierto es que la reforma constitucional penal ha adoptado la implementación de un nuevo sistema procesal completamente diferente al que veníamos utilizando: los juicios orales, el sistema acusatorio con tendencia adversarial; efectivamente muy arraigado en Estados Unidos, tanto en su sistema judicial-legal como entre sus miembros sociales; que aunque ajeno a la tradición mexicana, sí con rasgos latinos.

### 2.3. DEMOCRACIA

Al referirme a la democracia quiero ir un poco más allá de la connotación etimológica que representa, es decir el significado del vocablo; a razón de que como lo he venido haciendo en este trabajo, me interesa llevar a cabo una vinculación entre los objetos del conocimiento y el conocimiento mismo, o sea una interpretación que vincule dos distintos polos de las cosas: el ideal y el real. Siguiendo el pensamiento

---

<sup>31</sup> América Latina, México sin duda; se encuentra normativamente determinada por la tradición romano-canónico-germánica, continental europea también denominada, debido a fue una potencial función unificadora del Derecho Romano, al respecto *Vid.*, GUZMÁN BRITO, Alejandro: La función del derecho romano en la unificación jurídica latinoamericana, en "*Sistema jurídico latinoamericano y unificación del derecho*" coord., David Fabio Esborraz, Porrúa, México, 2006, pp.177-208. También al respecto *Vid.* ISLAS COLIN, Alfredo: Importancia del derecho romano en la época actual, en: *Revista Amicus Curiae*, año 1, número 4, Sistema de Universidad Abierta/Facultad de derecho UNAM, México, 2009, consulta en línea en: <http://www.journals.unam.mx/index.php/amicus/article/viewFile/14589/13890> fecha de consulta: Agosto 20 de 2011.

de Bentham, la deontología democrática en que se funda el igual democrático sistema concede racionalidad a las instituciones, a mi juicio incluso cordura mientras permite adoptar una fórmula que garantice de buena manera las libertades inalienables de los miembros sociales, en tanto nuestra asociación para el ejercicio de la voluntad general logra a través del gobierno la procuración del desarrollo, tomando como base la conservación de estas libertades<sup>32</sup>. Sin embargo, en contrasentido existe también la arista que le contempla como una reelaboración de los conceptos clásicos y universalistas encaminados a la mantención del *status quo* del sistema capitalista<sup>33</sup>.

Revisar la democracia conforme a los parámetros antes indicados, tiene una ocupación en sentido prescriptivo y otra en sentido descriptivo<sup>34</sup>; sin verificación la prescripción es irreal, asimismo sin ideal una democracia no es tal<sup>35</sup>, en atención a ello, la reforma constitucional penal debe de ser analizada conforme a estos lineamientos para determinar así, si el discurso que la legítima encuentra fundamento en tales alientos democráticos o si por el contrario se transforma en una herramienta de mantención de ciertos estándares en el propio Estado. Debemos tener estos parámetros perfectamente definidos, respecto de los que además el acuerdo de aceptación sea general y confiado; éstos se han definido al paso de los tiempos con datos que nos brindaron

---

<sup>32</sup> RAMÍREZ RAMÍREZ, Francisco Roberto: La inobservancia al principio de reserva en el código penal federal, en: "*Criminogénesis, revista especializada en criminología y derecho penal*" año 2 (sic), número 7, México, Septiembre de 2010, p.218.

<sup>33</sup> VARGAS HERNÁNDEZ, José Guadalupe: Del gobierno por el pueblo a la posdemocracia económica transnacional, global y cosmopolita, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2347502> fecha de consulta: Septiembre 16 de 2011.

<sup>34</sup> Al respecto, *Vid.*, PALAVICINI CORONA, Gabriela: Gobernabilidad y democracia, entre utopía y realidad, Porrúa, México 2005, pp. 7,8.

<sup>35</sup> SARTORI, Giovanni: ¿Qué es la democracia?, trad., Miguel Ángel Ruíz de Azúa, *et al.*, Taurus, México, 2008, p. 18.

experiencia y que nos invitaron a la reflexión, a la construcción del pensamiento que define los senderos del mejor estar<sup>36</sup>.

Los indicadores que encontremos al realizar esta revisión, servirán como base para determinar la valencia de la democracia, según la aplicación de sus valores, como un régimen medible que obedecen a un criterio de mayor a menor<sup>37</sup>. Una fuerte corriente que ha impulsado adecuaciones normativas en el mundo entero, son los pactos, convenciones o declaraciones en materia de derechos humanos, muchos de los cuales han sido suscritos por México, a continuación bajo este orden de revisión de indicadores, repasaremos algunos de ellos.

### 2.3.1. DOCUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

En especial referencia a los instrumentos internacionales que inciden en la Reforma constitucional penal, señalaré cuál es y sobre que trata:

- a) DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE (2 de Mayo de 1948) artículo XXVI.- *Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas.* La presunción de inocencia, principio de presunción de inocencia o simplemente principio de inocencia.

---

<sup>36</sup> Por ejemplo, la lucha por dirimir el disenso entre el comunismo y el capitalismo.

<sup>37</sup> PALAVICINI CORONA, Gabriela: *Op. Cit.*, p. 9.



- b) DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS (10 Diciembre de 1948) artículo 11.- Párrafo 1. *Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.* Principio de inocencia y adicionalmente, publicidad del enjuiciamiento.
- c) DECLARACIÓN SOBRE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE JUSTICIA PARA LAS VÍCTIMAS DE DELITOS Y DEL ABUSO DE PODER (29 de Noviembre de 1985) inciso A, numeral 4.- *Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.* Reparación del daño e injerencia en los mecanismos de justicia.
- d) CONJUNTO DE PRINCIPIOS PARA LA PROTECCIÓN DE TODAS LAS PERSONAS SOMETIDAS A CUALQUIER FORMA DE DETENCIÓN O PRISIÓN (9 de Diciembre de 1988) principio 36.- 1.- *Se presumirá la inocencia de toda persona sospechosa o acusada de un delito y se la tratará como tal mientras no haya sido probada su culpabilidad conforme al derecho en un juicio público en el que haya gozado de todas las garantías necesarias para su defensa.* 2.- *Sólo se procederá al arresto o detención de esa persona en espera de la instrucción y el juicio cuando lo requieran las necesidades de la administración de justicia por motivos y según condiciones y procedimientos determinados por ley. Estará prohibido imponer a esa persona restricciones que no estén estrictamente justificadas para los fines de la detención o para evitar que se entorpezca el proceso de*

*instrucción o la administración de justicia, o para el mantenimiento de la seguridad y el orden en el lugar de detención. Principio de inocencia, principio de publicidad, Defensa bajo régimen de garantías, excepcionalidad de prisión preventiva.*

- e) PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (16 de Diciembre de 1966) párrafo 3 del artículo 9.- [...] *La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio. Párrafo 2 del artículo 14.- Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.* Excepcionalidad de la prisión preventiva y principio de inocencia.
- f) CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (22 de Noviembre de 1969) Párrafo segundo del artículo 8.- *Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. artículo 10.- Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.* Principio de inocencia e indemnización por error judicial.

Como se puede advertir, de entre los instrumentos indicados, el principio de inocencia es el más recurrente, y data de cuando menos 60 años previos a la fecha en que sucedió la reforma mexicana, así también podemos encontrar el principio de publicidad, la excepcionalidad de la prisión preventiva, el derecho de defensa, indemnización ante condena por error judicial, y; reparación del daño para el ofendido o víctima. Estos tópicos han sido abordados por la

reforma constitucional penal de 2008: el artículo 20, apartado B fracción primera, introdujo el principio de inocencia o de presunción de inocencia; el propio artículo 20, en el párrafo previo al apartado A, o párrafo inicial, indica el principio de publicidad. Artículo 20, apartado C, fracción IV, reparación del daño como derecho de la víctima o el ofendido; Artículo 19, párrafo segundo, excepcionalidad de la prisión preventiva.

Por virtud del orden normativo integral, los instrumentos internacionales signados por México bajo ciertos formulismos, forman parte del derecho positivo de la nación, lo que de sí implica que ya habrían de observarse; la reforma constitucional penal puntualizó éstos a manera de categorías generales que la legislación secundaria debe ahora instrumentar, atendiendo a si se trata de una norma operativa a bien una de carácter programático. Los indicadores antes señalados constituyen visos de prescripciones democráticas, así, se confirma que el orden normativo describe cuando menos en los indicadores revisados la prescripción, y atiende al incremento de valencia con tendencia a una mayor observancia.

Una especial referencia merece el Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México<sup>38</sup>, de la oficina del alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, cuyo principal coordinador fue Anders Kompass, y que data del año de 2003; dentro del cual existen puntuales recomendaciones sobre el sistema de justicia penal, al indicar: "*el abandono del modelo de enjuiciamiento penal inquisitorio*", en el punto 2.1.1.1 de este documento se lee como subtítulo "*Adopción de un sistema penal acusatorio*" cuyo texto indica: La subsistencia en México de un sistema

---

<sup>38</sup> Disponible: [http://www.ife.org.mx/docs/IFE-v2/DECEYEC/DECEYEC-IFEMujeres/Mujeres-SitiosTemasInteres/Mujeres-Publicaciones/Mujeres-Publicaciones-estaticos/Diagnostico/Diagnostico\\_sobre\\_DH\\_en\\_Mexico.pdf](http://www.ife.org.mx/docs/IFE-v2/DECEYEC/DECEYEC-IFEMujeres/Mujeres-SitiosTemasInteres/Mujeres-Publicaciones/Mujeres-Publicaciones-estaticos/Diagnostico/Diagnostico_sobre_DH_en_Mexico.pdf) fecha de consulta: Septiembre 11 de 2011.

inquisitorial, en el cual el ministerio público tiene excesivas facultades para apreciar el valor de las pruebas recabadas, tomar declaraciones al inculpado, y la limitación para una adecuada defensa por parte del indiciado, permite que en la práctica, los casos que llegan a ser del conocimiento de un juez tengan una fuerte carga procesal en contra del acusado, en virtud de que los expedientes llegan ante el juez correspondiente ya integrados. La necesidad de la adecuación del sistema penal a un modelo acusatorio ha sido reconocida por diversos organismos no gubernamentales nacionales, que han manifestado que se debe adoptar un modelo “en el que tanto el inculpado como la víctima de un delito, representada en este caso por el MP, tengan una equidad procesal tal, que permita que sea el juez quien decida la sujeción a proceso de un inculpado y, en su caso, el sentido de la sentencia,” sobre la base de los medios probatorios aportados por las partes, mismos que deben tener un valor igual. Adicionalmente, un sistema acusatorio implica el establecimiento de juicios orales, públicos, concentrados y adversariales<sup>39</sup>.

Mayor puntualidad no puede pedirse, el dictamen en el apartado relativo es preciso al recomendar la adopción de un sistema de enjuiciamiento penal de corte acusatorio con tendencia adversarial, donde rijan los principios de oralidad, publicidad y concentración; resulta evidente que el sistema de enjuiciamiento penal, previo a la reforma era un sistema de *justicia administrativa*, en tanto era una autoridad de tal naturaleza la encargada del acopio del acerbo probatorio que serviría de base para la imposición de pena por el poder judicial; el cambio busca la judicialización de la instancia de justicia penal, en aras de mayor respeto por los derechos fundamentales de quien se encuentra sujeto a un proceso de esta naturaleza. El modelo de enjuiciamiento no es la única nota a distinguir de este dictamen, en el que también podemos encontrar referencias sobre derechos de la

---

<sup>39</sup>*Ibid.*, p.11 del Dictamen.

víctima, prisión preventiva, la acción penal privada, entre otros que también aborda la reforma.

En términos generales este es el discurso político de las bondades de la reforma, la exaltación de sus virtudes, pero ¿qué pasa con otros indicadores?

### 2.3.2. LA REFORMA DE EXCEPCIONES: INDICADOR DE REGRESIÓN DEMOCRÁTICA<sup>40</sup>

Los avances en materia democrática que aporta la reforma constitucional penal, son notables y atinados, sobre ello que no quepa duda. Pero este discurso se ve acotado o ultrajado por las excepciones incluidas, que incluso podrían ser acusadas de dramáticas. Algunas excepciones significativas las localizamos en:

Artículo 16, párrafo segundo: *"Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros."*

Artículo 16, párrafo décimo: *"Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada."*

---

<sup>40</sup> El presente apartado se corresponde medularmente con el título denominado *régimen de excepción*; consultable en: RAMÍREZ RAMÍREZ Francisco Roberto: Política criminal contra el narcotráfico: el caso mexicano, *Ob., Cit.*

Artículo 16, párrafo decimotercero: *"Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada."*

Artículo 18, párrafo octavo: *"Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad."*

Artículo 18, párrafo noveno: *"Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculpados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos."*

Artículo 19, párrafo segundo: *"El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes [...]. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud."*

Artículo 19, párrafo sexto: *"Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el inculpadado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que*

*lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal."*

Artículo 20, apartado B, fracción III: El acusado tiene derecho "A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten. Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador."

Artículo 20, apartado B, fracción V: " Será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo. En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio [...]."

En atenuación se puede argüir cuando menos, que las excepciones se encuentran dirigidas básicamente a la denominada <<Delincuencia Organizada>>, empresas criminales de prestación de servicios ilícitos o productos ilícitos que han colmado vacíos de mercado, a las que en México por virtud de su orientación llamamos de manera generalizada *narcotráfico*.

En relación a las formas de combate al narcotráfico, la Procuraduría General de la República, en su página web oficial, indica: "México considera al fenómeno de los delitos contra la salud (narcotráfico) como un problema que afecta la seguridad nacional"<sup>41</sup>;

---

<sup>41</sup> Consulta en línea:

llama mi atención el término <<Seguridad Nacional>>, que evoca a decir del profesor ZAFFARONI<sup>42</sup> a Carl SCHMITT en su teoría del partisano, donde racionalizó la doctrina de la seguridad nacional, que llega a México por conducto de Estados Unidos y la Escuela de Panamá<sup>43</sup>. El panorama tras el evento del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos, fue de focalización de un enemigo: El terrorismo, en México no tenemos fenómenos de terrorismo en este momento, pero en su lugar, la delincuencia organizada se ha convertido en el gran enemigo.

Esta idea de seguridad nacional inventa un *novus* estado de guerra<sup>44</sup>, donde las estrategias de tratamiento para el enemigo tienen una peculiar forma de instrumentarse, de entre ellas se pueden advertir limitaciones al derecho de defensa, investigación por elementos de inteligencia sin control judicial, ampliación de términos en detenciones, agravación de conductas típicas, tipificación de actos preparatorios entre otros. El uso de las fuerzas armadas en esta <<guerra contra el narcotráfico>> y la política penal también asumida en el mismo sentido, dan muestra de la vigencia en el Estado mexicano de este régimen excepcional, que se traduce también en la aplicación de un derecho penal diferente.

---

<http://www.pgr.gob.mx/Combate%20a%20la%20Delincuencia/Combate%20al%20Narcotrafico/Formas%20de%20Combate%20al%20Narcotrafico/Formas%20de%20combate%20al%20narcotrafico.asp> Fecha de consulta: Julio 22 de 2011.

<sup>42</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul: “*La destrucción total del Código Penal en la Argentina*”, conferencia grabada en video, puesta a disposición en línea por la Universidad de Buenos Aires, en: [http://www.derecho.uba.ar/multimedia/v\\_zaffaroni\\_01.php](http://www.derecho.uba.ar/multimedia/v_zaffaroni_01.php) fecha de consulta: Julio 22 de 2011.

<sup>43</sup> Al respecto también, *Vid.*, LEAL BUITRAGO, Francisco: La doctrina de seguridad nacional, materialización de la guerra fría en América del Sur, disponible en:

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2349602> fecha de consulta: Septiembre 16 de 2011.

<sup>44</sup> Partiendo de estas ideas, JAKOBS -señala PEREZ CEPEDA, Ana Isabel, en: La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno, 1ª ed., Iustel, España 2007, p. 35.- “Atribuye al Estado, ya no solo el *ius puniendi*, sino el *ius bello*, esto es, la posibilidad de determinar quién es el enemigo y combatirlo, de declarar la guerra [...]”



La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada y las excepciones indicadas en la parte primera de este apartado están motivando la incursión de un paralelismo jurídico-penal que crea un régimen legal privativo, motivo del cual podríamos hablar incluso de tribunales especiales aunque no en estricto sentido constituidos, sí materialmente delimitados por su actuación. “Esta Ley esta instaurando todo un nuevo sistema de administración de justicia, paralelo al ordinario, pues contiene normas sustantivas, procesales y de ejecución que son privativas para aquellas personas que por pertenecer a la delincuencia organizada, acuerden realizar o realicen los delitos a que se refiere el artículo 2º de la misma”<sup>45</sup>.

Según dispone el artículo 13 constitucional, nadie puede ser juzgado por leyes privativas<sup>46</sup>, sin embargo parece que la lucha contra el narcotráfico justifica cualquier medida necesaria para cumplir su cometido. Dentro de la gama de este paralelismo jurídico-penal se encuentran<sup>47</sup> la definición del tipo penal de delincuencia organizada, situaciones particulares sobre prescripción, inicio de la investigación por simple sospecha, infiltración de agentes informantes, arraigo de personas sospechosas, reserva de la identidad del acusador, intervención de las comunicaciones privadas por personas particulares que no son autoridad, indicio y presunción fundada de que alguien es miembro de la delincuencia organizada para realizar el aseguramiento de su bienes, negociación de beneficios penales para colaboradores y delatores miembros de la delincuencia organizada, reducción de penas

---

<sup>45</sup> GONZÁLEZ VIDUARRI, Alicia y SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto: *Criminología*, 2ª ed., Porrúa, México 2008, p. 197.

<sup>46</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 13, consulta en línea, en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf> fecha de consulta Julio 25 de 2011.

<sup>47</sup> Todos los rubros a continuación descritos, en: GONZÁLEZ VIDAURRI, Alicia y SANCHEZ SANDOVAL, Augusto: *Ob. cit.* p. 198 y ss.

para colaboradores y delatores, recompensa a colaboradores particulares, por señalar algunos.

Como se ve, las temáticas abordadas por esta ley crean un patrón singular que inicia desde la creación de normas penales sustantivas, hasta temas de consecuencias jurídicas del delito y su ejecución, sin pasar por alto todos los elementos relativos al procedimiento. Como ya se dijo, quizá la necesidad ha orillado a nuestra realidad política a inclinarse por esta postura, “antes de 1996, no existían muchos capos del narcotráfico a los que se le hubiera podido comprobar su participación en delitos contra la salud. La mayoría de ellos fueron acusados de tenencia y posesión de armas o de homicidios asociados a la violencia que la delincuencia organizada genera. Hoy la situación es distinta, ya que los líderes de estas organizaciones enfrentan procesos por su pertenencia a la organización delictiva”<sup>48</sup>.

Esta necesidad y su consecuente actuación en la Política Pública han tenido a su vez el requerimiento de un discurso que les legitime, que sin embargo no es nuevo; ya Rousseau indicaba: “Por otra parte, todo malhechor, atacando el derecho social, conviértase por sus delitos en rebelde y traidor de la patria; cesa de ser miembro de ella al violar sus leyes y le hace la guerra. La conservación del Estado es entonces incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca, y al aplicarle la pena de muerte al criminal, es más como a enemigo que como a ciudadano”<sup>49</sup>, asimismo este discurso, particularmente haciendo referencia al uso del Derecho Penal es también abordado por Günther Jakobs, en su explicación de la dogmática penal, con la

---

<sup>48</sup> GONZÁLEZ RUÍZ, Samuel, ZINGERMAN, Gleb y MORENO HERNÁNDEZ, Moisés: *“Lucha contra la delincuencia organizada y respeto a los Derechos Humanos: un marco de referencia en la lucha contra el terrorismo”* en Terrorismo y delincuencia organizada, un enfoque de derecho y economía; Andrés Roemer y Edgardo Buscagila compiladores, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2006, p. 204.

<sup>49</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques: *El contrato social o principios de Derecho Político*, 15ª ed., Porrúa, México 2006, p. 24.

acotación siguiente: “El Derecho Penal de enemigos tiene que ser también separado del Derecho Penal de ciudadanos de un modo tan claro que no exista peligro alguno de que se pueda infiltrar por medio de una interpretación sistemática o por analogía o de cualquier otra forma en el Derecho Penal de ciudadanos”<sup>50</sup>.

De la anterior afirmación es dable inferir que la política criminal que se base en esta toma de postura está creando con la reforma constitucional penal dos sistemas penales paralelos, uno que se aplicará a los ciudadanos y otro que se aplicará a los enemigos: en el caso mexicano los capos del narco, sus lugartenientes, sicarios y demás fuerza de trabajo de tal empresa criminal. Con aparente precisión y clara delimitación entre uno y otro; considero que esto puede presentar ciertos problemas en su instrumentación<sup>51</sup>, nuestra realidad histórica contemporánea presenta matices cada vez mas esfumados entre la delincuencia convencional y la de tipo organizada, que entre sus características incide vinculantemente con temas de corrupción, violencia, sofisticación, estructuración compleja, organización por células, disciplina, cerebros técnicos, carácter transnacional<sup>52</sup>, además de estratificación y penetramiento psicosocial que también destella en el fenómeno de la criminalidad, como fomento de un estado social alternativo; respecto de ella cabe meditar si es que el Derecho Penal está presentando una evolución en el sentido de una expansión razonable<sup>53</sup> o en cambio se le usa como herramienta de una persecución selectiva.

---

<sup>50</sup> JAKOBS, Günther: Moderna Dogmática Penal, estudios compilados; trad. Enrique Peñaranda Ramos, 2ª ed., Porrúa, México 2006, p.430.

<sup>51</sup> El problema de las excepciones a la regla, es dónde marcar los límites, quién los delimita y bajo qué criterio.

<sup>52</sup> GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David y SANTOYO CASTRO, E. Alejandro: Crimen organizado realidad jurídica y herramientas de investigación, Porrúa, México 2010, p. 27 y ss.

<sup>53</sup> Al respecto, *Vid.*, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Ob., cit.* p. 11 y ss.

Concluyendo con este orden de ideas, en México existen datos y evidencia que nos hace pensar que las políticas públicas en materia de criminalidad han tendido a inclinarse por un discurso que les justifica en el empleo cada vez más severo del poder punitivo, de la violencia institucionalizada, en franca regresión en materia de derechos humanos y los estándares democráticos más elementales; que sin embargo, se proclama como necesaria ante la realidad también cada vez más violenta de los cárteles del narco.

## 2.4. APROXIMACIÓN POLÍTICO-CRIMINAL

La política criminal, o política criminológica como le denomina entre otros el Maestro Eduardo Martínez Bastida consiste en "estrategias que tienden a frenar la criminalidad y los procesos de criminalización primaria y secundaria"<sup>54</sup>. Estas estrategias de carácter estatal, lo más de las ocasiones se traducen en adecuaciones normativas o bien en creaciones normativas; es decir normas legales que se reforman o se crean con esta orientación, como se puede notar asumo tácitamente que la política criminal es una respuesta del Estado, de ello no desligo el ámbito de intervención de la sociedad como elemento<sup>55</sup>, sin embargo no comparto las posturas que le asumen como respuesta social, así considero que el objeto de análisis sobre el particular debe de ser la constitución, particularmente la reforma que da motivo a estas líneas que se escriben, puesto que en ella se recoge el carácter que orienta la labor jurídica y política. La reforma constitucional mexicana de 2008 ha tenido como motivos de su creación la reducción de los índices de delincuencia<sup>56</sup>, entre otros más específicos, que a continuación procederé a referir:

---

<sup>54</sup> MARTÍNEZ BASTIDA, Eduardo: Política Criminológica, 1a ed., Porrúa, México 2007, p. 4.

<sup>55</sup> En México, lamentablemente este elemento se encuentra poco desarrollado.

<sup>56</sup> Dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales y de justicia, con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la constitución política de los estados unidos mexicanos, apartado de consideraciones, disponible en: 64

## 2.4.1. ALGUNAS RAZONES EXPUESTAS<sup>57</sup>

### 2.4.1.1. EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL MEXICANO HA DEJADO DE SER EFICAZ

Como se recordará, en líneas anteriores me aventuré a sostener una declaración en este sentido, ahora la confirmo tomando como punto de referencia los propios razonamientos del legislador, quien efectivamente a razón de las iniciativas de reforma analizadas en el dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales y de justicia, con proyecto de decreto que reforma que adiciona y deroga diversas disposiciones de la constitución política de los estados unidos mexicanos de fecha 10 de Diciembre de 2007 ha considerado que el sistema de enjuiciamiento penal que veníamos sosteniendo, conocido como mixto con tendencia al inquisitivo ha dejado de ser eficaz, sin embargo debemos de hacer unas puntualizaciones sobre el particular, por ejemplo: ¿Eficaz para qué? Al respecto el propio contenido de este dictamen nos da luz pues considera el legislador que el sistema de justicia penal cumple la función de combatir los índices de delincuencia.

Con el propio debemos entonces entender que desde la perspectiva del legislador, el sistema de justicia penal ha dejado de ser eficaz para combatir los índices de delincuencia alarmantemente crecientes; lo que de sí denota -como también ya se indicó en supralíneas- que se asume al derecho penal como el encargado de menguar la criminalidad, punto que si bien no es el particular del análisis aquí emprendido, no puedo dejar de referir que considero que ésta no es la encomienda primordial del sistema de justicia penal, menos del derecho penal en sí.

---

<http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2007/dic/20071211-VIII.html> fecha de consulta Septiembre 11 de 2011.

<sup>57</sup> Tomadas del dictamen a que se refiere la referencia inmediata anterior (*Ibid.*)

Considero que el sistema de justicia penal tiene por finalidad inmediata resolver la las cuestiones que devienen con motivo de la infracción de la norma penal; particularmente conforme a los lineamientos del nuevo sistema de enjuiciamiento penal: << resolver las *controversias* que se originen con motivo de la comisión de un hecho que la ley considera delito>>; no puedo dejar pasar por alto que ciertamente también se prevé o sostiene que se cumple una función mediata en tanto la prevención especial repercute en el índice de criminalidad, sin embargo pienso que ésta es una función de la consecuencia jurídica del delito, que sólo es una parte -última por cierto- del derecho penal instrumentado; que más se atenúa aún ahora con la implementación del nuevo sistema de justicia penal que tiene como una de sus bases primordiales la solución alternativa de conflictos, y que deja a la consecuencia jurídica del delito como la última a empleo.

De esta guisa puedo inferir que el legislador limita la percepción con la que sostiene esta afirmación, y le da al sistema de justicia penal y al Derecho Penal en sí, un sesgo primordialmente agresivo que si bien se compagina con el propio discurso del ejecutivo que ha emprendido una guerra frontal contra la delincuencia, sobre todo contra la delincuencia organizada; no siempre se ajusta en congruencia con sus propios razonamientos pues también asegura que se construye asimismo un sistema garantista.

#### **2.4.1.2. RUPTURA DEL MONOPOLIO DE LA ACCIÓN PENAL**

Se piensa igualmente que el ejercicio de la acción penal monopolizada en el Ministerio Público ha dejado como paciente de una obligatoria relación de tutela a la víctima u ofendido del delito, que se acusa por injusta; ante ello la posibilidad de que el propio pasivo del ilícito acuda ante el Juzgador con las formalidades indispensables, a querrellarse y ejercer una acción penal, con los miramientos de

solucionar el conflicto consecuencia de la infracción de la norma penal, se han tornado respectivamente en una de las razones y soluciones que procuró la reforma.

Marginalmente quiero hacer el esbozo de una consideración personal sobre el particular: Pienso que esta conceptualización sobre el ejercicio de la acción penal, tiene una trascendencia en el ámbito de nuestra dogmática; tristemente me he dado cuenta que a últimas fechas y con motivo de la reforma una parte de los estudiosos del derecho piensan que la dogmática es una inútil, ajena y rebuscada forma explicar el derecho penal; por el contrario comparto la idea de los que piensan que México como cualquier otro país tiene un modo de interpretación del derecho penal típica de nuestra región, ella es nuestra dogmática penal mexicana. Un ejemplo de ello que podemos advertir con motivo de la reforma es este específico rubro, que considero trasciende en específico por sus ecos sistemáticos; de acuerdo al siguiente orden de ideas: (1) Ejercita la acción penal quien tiene legitimación para hacerlo, igualmente el cesamiento radica en la titularidad de esta legitimación, en consecuencia de un poder de disposición efectiva. (2) Si el Estado a través de sus órganos y el particular por sí, son capaces de ejercitar acción penal, consecuentemente tiene una titularidad. ¿Titularidad de qué? podría pensarse que se tiene la titularidad del ejercicio de la acción penal, pero no, esta legitimación es una consecuencia de la titularidad de otro instituto diferente ¿Podemos así a continuación pensar que se trata de la titularidad del bien jurídico? esta titularidad puede justificar la actuación del ente particular en el ejercicio de la acción penal ciertamente, pero con ello acota el actuar del Estado, quien en su caso actuará a consecuencia del interés público; pero ¿Donde se halla la

fuerza de esta legitimación? ¿Se trata el particular acaso de la implicación ético-social del bien jurídico?<sup>58</sup>

No debemos de perder de vista que con la reforma se cambia el modo de pensamiento sobre legitimación, justificación, construcción, interpretación, y aplicación de la norma penal. Lo cierto es que considero que el delito descrito por la norma penal tiene dos entes cuya titularidad recae en dos sujetos: el Estado y otro; este último puede ser el particular afectado por el acto ilícito, el propio Estado en su faceta de titular de bienes (actuando como sujeto de derecho privado), o de entes colectivos, cuando el bien jurídico se ha difundido, es decir se trate de un bien jurídico difuso; el bien jurídico corresponde en titularidad a cualquiera de los últimos mencionados, según sea el caso, pero al Estado le es propio otro elemento diferente.

Para situarlo, le denominaré a partir de ahora <<axioma normativo>>; por ser un valor acogido en la norma penal que por su trascendencia importa al Estado su celo con la amenaza del ejercicio del poder punitivo. La vida, el patrimonio, la libertad sexual, etc., son bienes que en lo particular una persona puede detentar, digamos así el patrimonio de <<Arcadio Buendía>> que se ve afectado por una conducta ilícita de fraude, esta titularidad sobre ese bien jurídico lo legitima ahora para impulsar la mecánica judicial; sin embargo desde un momento previo ya existía un ser conocido en abstracto igualmente denominado <<patrimonio>>, no vinculable en lo particular a ninguna persona, pero en efecto ya de por sí reconocido en una norma jurídico-

---

<sup>58</sup> Sobre esta implicación ético-social del bien jurídico: LOPEZ CAMELO, Raúl Guillermo y DARÍO JARQUE, Gabriel: Curso de Derecho Penal, parte general, Editorial de la universidad Nacional del sur, Argentina 2004, pp. 20 y 21. *Indican que por virtud de ella se acota al Estado en el ejercicio del poder punitivo, ya en creación o aplicación de la norma penal.* Véase también JESCHECK, Hans-Heinrich: Tratado de derecho penal parte general, trad., José Luis Manzanera Samaniego, 4ª ed, Comares, Granada 1993, p.6. *indica que el derecho penal no puede intervenir siempre que se produzcan perturbaciones de la vida comunitaria, sino que ha de limitarse a la protección de los valores fundamentales del orden social.*



penal bajo la observancia general del Estado, como un concepto previo no susceptible de titularidad.

Estos entes, su titularidad y consecuente legitimación pueden advertirse por sus traducciones normativas de Derecho Penal, e incluso en instituciones del Derecho Procesal Penal, por ejemplo: <<El ejercicio de la acción penal >>; el código modelo del proceso penal acusatorio para los Estados de la Federación mexicana, elaborado por el CONATRI<sup>59</sup> en su artículo 92, indica que el ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Público y podrá ejercerse en algunos casos por particulares, y el 96 prevé la existencia de una acción penal privada, en el mismo sentido los códigos del Estado de México y Durango, reconocen la existencia de la acción penal de orden público y la de orden privado; la Ley del Proceso Penal para el Estado de Guanajuato en el mismo tenor reconoce la existencia de una acción penal de naturaleza particular. En contrasentido el código chihuahuense indica que la acción penal es pública, sin perjuicio de la participación de la víctima. Como se puede observar algunas legislaciones procesales de distintas Entidades Federativas de México, reconocen ya esta separación brevemente evidenciada en estas líneas, a grado tal que se encuentra instrumentada en sendos cuerpos legales.

De la propia lectura de los tipos penales se puede advertir también esta situación que ahora comento; considero asimismo que la norma penal tiene entonces dos funciones concretas sobre el particular, una función cognitiva que nos permite revelar a través del texto, la definición legal de la conducta ilícita, ciertamente con íntima vinculación al principio de legalidad por virtud de la tipicidad; sobre ello cabe adicionar que esta función proviene de un *contenidoaccidental* de la norma, que puede o no ser igual quizá en algún otro ordenamiento legal,

---

<sup>59</sup> Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos.

en otro lugar, o incluso en otro tiempo, pero que a final de cuentas define, delinea el cómo del conocimiento del supuesto jurídico-penal. Asimismo se encuentra la función signficante, en tanto la propia norma entraña el reconocimiento de un valor que por razón del texto e incluso a pesar de él, en cuanto a ordenamientos varios se refieren, evidencia un *contenidoóntico*, el reconocimiento de un axioma general no susceptible de apropiación en lo exclusivo, sino de titularidad del Estado como ente complejo, que de sí por su reconocimiento proporciona una justificación jurídica suficientes de adecuación y consecuencias jurídicas penales. En su obra Derecho Penal y Control Social<sup>60</sup>, el Profesor Muñoz Conde destaca la denominada <<*función motivadora de la norma penal*>>; si pudiéramos ubicar en un sistema temporal la aparición de estas funciones, la cognitiva y la signficante serían previas a la motivadora, y no teleológico/funcionales sino etiológico/racionales<sup>61</sup>.

Así resulta que la reforma ha evidenciado en el particular rubro, sí, una reivindicación de los derechos de la víctima o el ofendido de tal suerte de que se pueda garantizar de mejor manera la reparación del daño<sup>62</sup>, pero también sobre la acción penal, un trasfondo de la dogmática penal mexicana propia de nuestro sistema normativo, o cuando menos una parte minúscula de ella, con ecos sistemáticos como ya indiqué; dato que evidencio para mayor reflexión y abundamiento posterior.

---

<sup>60</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco: Derecho penal y control social, reimpresión de la 2ª ed., Témis, Colombia 2004. En el mismo sentido MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: Derecho Penal, parte general, 8ª ed., Tiran lo Blanch, Valencia, España 2010, pp. 61-67.

<sup>61</sup> A la fecha, este razonamiento se ha mantenido focalizado en el concepto bien jurídico, atribuyendo diversas funciones y contenidos, desde FEUERBACH, BIRNBAUM, BINDING, LISZT, HONING y MEZGUER. Al respecto *Vid.*, FERNÁNDEZ, Gonzalo: Bien Jurídico y sistema de delito, Editorial B de F, Argentina 2004, p. 11 y ss.

<sup>62</sup> Esta reivindicación de derechos incluye además el de recibir asesoría jurídica, colaborar con el Ministerio Público, intervenir efectivamente en el juicio, derecho a recibir atención médica y psicológica de urgencia, ser reparado en el daño sufrido, el resguardo de su identidad, solicitar medidas cautelares, impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público.

### 2.4.1.3. FACULTADES INVESTIGATIVAS DE LA POLICÍA

Otro motivo expuesto para la reforma fue la necesidad de dotar a la Policía Preventiva de facultades legales para investigar, prevenir los delitos y participar como parte acusadora en aquellos delitos que conozca y no exista denuncia; de lo anterior conviene resaltar que la amplitud de este motivo no se ciñe únicamente a la facultad de investigación sino que podemos advertir la posibilidad participar en la acusación y la intervención en la prevención de los delitos.

Sobre el particular considero que con la reforma efectivamente la policía preventiva tendría un papel más activo en la investigación de los delitos, por cuanto hace a los datos de investigación; figurando en su caso como un medio para la satisfacción de los requerimientos probatorios del acusador o incluso como órgano de prueba; así que la profesionalización se vuelve un tema central, el contacto y tratamiento de realidades fácticas estrechamente vinculadas con los delitos dieron en su momento surgimiento a las ciencias forenses para el auxilio de intervinientes del proceso penal, así que para el efectivo ejercicio de las facultades de investigación el ente facultado deberá de procurar la certeza de su actuación como ya lo indiqué, con la profesionalización.

Sobre la prevención de los delitos, evidentemente la policía preventiva como todos los miembros de la sociedad debemos apostar por el control social informal, previo a la represión penal, de tal suerte que el aliento de concederle facultades para la prevención resultaría bien intencionada y del todo saludable; finalmente sobre la posibilidad de constituirse en acusador de aquellos delitos que conozca y sobre los que no exista denuncia, creo que conviene precisar que el vocablo *acusador* quizá no sea el más apropiado, dado el revestimiento jurídico que implica, y sobre el que precisamente ya se habló en el inciso que

antecede, lo cierto es que un papel de mayor actividad en la prevención de delitos y dentro de los procedimientos motivados por la actualización de un hecho delictivo han sido los miramientos de este postulado, que debe coincidir en la hipótesis de que la falta de esta actuación ha desencadenado en impunidad, en vestigios de verdades que huyen con el sólo paso del tiempo, y que no favorecía a los fines del Estado en que nos constituimos.

He de comentar además, cuando menos marginalmente, que de entre las estrategias que circundan al sistema de justicia penal, y particularmente respecto de las funciones policiales, el empleo de las fuerzas armadas ha cobrado gran protagonismo, se ha sabido que desde 2006 (año en que la titularidad del Ejecutivo de la Unión fue depositada en el Presidente Felipe Calderón Hinojosa) se ha incrementado el uso de elementos de las fuerzas armadas en labores policiales en un 68%<sup>63</sup>; el ejército como factor real de poder<sup>64</sup> acentúa la actuación punitiva de que el Estado goza de manera oficial y legítima, esto se traduce en una manifestación real, el empleo más violento, de la ya *per se* denominada violencia institucionalizada. Confío en que con la reforma, atendiendo a las facultades que se conceden a las fuerzas policiales, llegará el momento en que el tratamiento de estas encomiendas regrese materialmente a manos de civiles.

#### 2.4.1.4. PRISIÓN PREVENTIVA

Se advirtió que por lo que hace a las medidas cautelares del proceso penal como regla se suele emplear la más drástica, es decir la

---

<sup>63</sup> “Usan más militares como policías: CIDE.” En: *EL UNIVERSAL*, México D.F. 17 de Septiembre de 2011, consulta en línea, disponible en: <http://www.eluniversal.com.mx/primera/37737.html> fecha de consulta: septiembre 22 de 2011.

<sup>64</sup> CARLOS ESPINOSA, Alejandro: Justicia Militar, en: “*Criminogénesis, revista especializada en criminología y derecho penal*” año 2 (sic), número 7, México, Septiembre de 2010, p.127.

prisión preventiva; como ya se indicó en el apartado relativo a los instrumentos internacionales que México ha signado, varios de ellos desde hace mucho tiempo ya contemplan el principio de inocencia o principio de presunción de inocencia, en el sentido de que *todo inculpado debe de ser considerado como inocente, hasta en tanto no se declare su responsabilidad*; coincido en que este principio formaba parte del ordenamiento normativo integral del Estado Mexicano desde la suscripción de los respectivos instrumentos internacionales, o sea desde antes de su inserción literal en la reforma, asimismo coincido en sostener que es precisamente este principio el que debe de tener una trascendencia verificable en cuanto al empleo de la prisión preventiva como medida de cautela.

La forma de empleo de prisión preventiva en nuestro sistema, otrora dio lugar a considerar que México se encontraba en un franco atraso en materia de prisión preventiva, violando pactos internacionales y recomendaciones de la misma índole<sup>65</sup>; pues pese a su vigencia normativa no se había aún instrumentado un medio cierto para su verificación. Se ha concluido que esta usanza es propia de un sistema inquisitivo donde se coloca al acusado en una notable posición de inferioridad respecto de la acusación, sin posibilidad certera de enfrentarla, sino a caso, de soportarla.

Recordemos que en el proceso inquisitorial la prisión preventiva fue una pieza fundamental para la obtención de pruebas, en tanto se tenía plena disponibilidad del acusado, para obtener en todo caso la confesión del ilícito imputado, a ocasiones incluso por tortura<sup>66</sup>, es decir, se consideraba al acusado como un objeto de la investigación y no como un sujeto de derechos. Los cambios sistémicos se motivan por

---

<sup>65</sup> CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., La prisión preventiva en México, condena por adelantado o medida de seguridad encubierta, Porrúa, México 2004, p. 19.

<sup>66</sup> CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., La presunción de inocencia, 2ª ed., Porrúa, México 2006, p. 26.

evidencias de prácticas que se llegan a considerar inadecuadas, esta es sin lugar a duda una de ellas; así, la preocupación por la prisión preventiva encuentra sustento en las *malas* prácticas que se propiciaron, en detrimento de los estándares más elementales de tratamiento de todo hombre o mujer sujeto al yugo del proceso penal, respecto del cual incluso ya Beccaria refería la prevalencia de la idea de la fuerza y la prepotencia a la de la justicia, porque se arrojan confundidos en una misma caverna a los acusados y a los convencidos, porque la prisión es más bien un castigo que una seguridad del reo<sup>67</sup>.

Si bien, la reforma penal en términos ordinarios tiende al empleo diferentes medios de cautela, la prisión preventiva no ha desaparecido con la Reforma, y en determinados casos -como los indicados en el apartado denominado la reforma de excepciones: indicador de regresión democrática<sup>68</sup>- prevalece puntualmente como primera opción, de tal suerte que una parte del sistema de justicia penal, se erige como un subsistema paralelo donde se ha concedido la necesidad y razonabilidad suficientes para su empleo primigenio, es decir se presume la responsabilidad del acusado y además de ello se le cataloga como *peligroso*<sup>69</sup>, de esta guisa podemos entender que la reforma en cuanto al rubro de prisión preventiva se refiere presenta una antinomia sistemática, velada bajo el carácter de excepción.

#### 2.4.1.5.SOLUCIÓN ALTERNATIVA DEL CONFLICTO PENAL

---

<sup>67</sup> BECCARIA: Tratado de los delitos y de las penas, 17<sup>a</sup> ed., tomada de la 14<sup>a</sup> ed facsimilar, Porrúa, México 2008, p. 91.

<sup>68</sup> *Supra* 2.3.2.

<sup>69</sup> Sobre estos conceptos, *Vid.*, DONADIO LINARES, Luciano Martín: La influencia de la jurisprudencia internacional de los derechos humanos en la práctica judicial interna: el caso de la prisión preventiva, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2882913> fecha de consulta: Septiembre 19 de 2011. Así también: MATÍAS PINTO, Ricardo: Los motivos que justifican la prisión preventiva en la jurisprudencia extranjera, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2558937> fecha de consulta: Septiembre 19 de 2011.

Se estableció que en el sistema que se abandona no se impulsa la aplicación de la justicia alternativa; entendida como un medio de satisfacción de los intervinientes del conflicto para la solución eficiente y pronta de las cuestiones que se plantean, a la par se piensa que la necesidad de los medios de solución alternativa de los conflictos están íntimamente ligados con diversas insuficiencias de los sistemas judiciales, en tanto no pueden responder a las expectativas de la sociedad, y ante la inminente necesidad de saciedad del usuario<sup>70</sup>.

Como ya se comentó (*supra*), algunos juristas mexicanos se han expresado sobre el particular; por ejemplo el Dr. Moisés Moreno Hernández quien considera que ante la adhesión de los propios al sistema penal, se crea de antemano un régimen incapaz de cumplir con su función pues se le agregan una serie de muletas o salidas de escape; al respecto debemos recordar el tema de eficiencia de la justicia, en el sentido de que los asuntos puestos a estudio y decisión jurisdiccional sean verdaderamente solventados por el sistema, así mismo la reticencia de denuncia ante el desconsuelo de un tardío sistema de poca eficiencia, el retraso prolongado de la solución de los procesos, etc., ciertamente los medios alternativos de solución del conflicto penal podrán –por evidencia de análogos rumbos- despresurizar la congestión del sistema, pero ¿Se trata entonces, de una medida utilitarista para efficientar el sistema, y con ello poder acceder a estadísticas alentadoras? Válgaseme el atrevimiento de pensar que los motivos deben de ir más allá.

La estructura conceptual de los motivos del ser del proceso penal e incluso del Derecho Penal en sí, están experimentando con la reforma una transformación de buena dimensión, quizá de orientaciones

---

<sup>70</sup> CORONATO RODRÍGUEZ, José Francisco y GONZÁLEZ IBARRA, Juan de Dios: Nuevas formas de procuración de justicia, Porrúa, México 2008, pp. 148,149.

teleológicas ante la búsqueda apremiante de la satisfacción de los males que aquejan al sistema, sin embargo como todo, tiene una explicación apriorística de medular sostenimiento en gérmenes conceptuales que de por sí tendrán que ser observados por su irrenunciabilidad, la construcción etiológica del pensamiento toma por base el consenso ya alcanzado, en el propio, el crecimiento en el reconocimiento de los derechos fundamentales de los intervinientes del proceso penal han podido orientar la certeza de la pretensión de empleo de los medios alternativos de solución de conflictos, igualmente debemos considerar el discernimiento entre la titularidad y facultad de disposición de lo que atañe al estado y lo que atañe a la víctima, la certeza de satisfacción de la reparación del daño, e incluso las orientaciones mismas de los fines de la pena, que en su conjunto constituyen el terreno de viabilidad de uso de los mismos, sin detrimento para los intervinientes, ni defraudamiento del sistema en sí mismo<sup>71</sup>.

Concluyentemente, sobre el tópico creo que conviene destacar una idea: la de *Justicia Restaurativa*, donde el ofendido y el ofensor llegan a un acuerdo reparatorio que satisfaga el daño que se ha causado, para hacer cesar así la actividad del estado emprendida en el proceso penal; centralmente esta idea por sí entraña ya un cambio notable en el modo de pensamiento del sistema, pues la directriz principal no es la imposición de la pena, sino la satisfacción de los intereses de los intervinientes; dada la naturaleza del caso, por virtud del ilícito que se revise, habrán supuestos en los que el Estado racionalmente reservará el vigoroso empleo del poder punitivo, para su sólo empleo en los eventos de mayor causación de desvalor. En el primero de los casos, el desvalor causado atañe en mayores proporciones al bien jurídico de la víctima, sin trascender de forma importante al axioma normativo de que

---

<sup>71</sup> La lucha de posturas sobre el particular parece tan antagónica como el absolutismo y el relativismo, conceptos que bien convendrían incluso revisar para mayor abundamiento, que sin embargo escapan a los fines de este trabajo.



es titular el Estado, o éste es racionalmente disculpable por la compensación al desvalor, que sucederá al momento de restituir o resarcir al agraviado el daño que se le causó; con ello es viable hacer cesar el procedimiento por virtud de la solución alternativa del conflicto. Esta actuación me parece digna de un Estado moderno, acorde con los estándares internacionales de tratamiento de la dignidad humana, pues no busca ciegamente el castigo del ofensor, sino la paz social para sus miembros.

#### **2.4.1.6.CALIDAD DEL ACUSADO**

La reforma ha reconocido que en el sistema que se abandona, con tendencias inquisitoriales, se tomaba al acusado como un objeto, particularmente como un objeto de investigación del que se podía disponer a fin de conseguir los fines del proceso: <<conocer la verdad histórica de los hechos>>; esto llevó a algunas prácticas reprochables, por ejemplo en ocasiones la tortura dirigida con el objeto de conseguir una confesión. Cualquier persona que se vea por virtud de la comisión de algún ilícito sometida al cuestionamiento del Estado y en especial subyugada al poder punitivo de éste, se encuentra en un franco estado de inferioridad, por ello no puede ser reconocida en una calidad menor que la de sujeto de derechos, derechos efectivos que acoten certeramente el exceso o desbordamiento de poder en que pudiese incurrir el Estado.

Ahora bien ¿cómo hacer efectivos estos derechos? En primer término puedo asegurar que no debería haber necesidad de vigilar la observancia de éstos de parte del Estado, quien al contrario estaría obligado en todo momento garantizarlos haciéndolos valederos; sin embargo no podemos negar que el primordial interés de su cumplimiento y resguardo debe de recaer en la defensa; así la reforma penal consideró necesario también la desaparición de un elemento poco

eficaz que se venía contemplando, *la persona de confianza*; un sujeto que sin el requerimiento de ser un especialista del derecho podía intervenir en el proceso penal en asistencia del acusado.

Ello junto a la determinación de homologación salarial entre la Defensoría Pública y el Ministerio Público, son los senderos con que se ha pretendido delimitar el resguardo cierto (operativamente hablando) del *status* de acusado. Sin embargo, no todos los casos se ajustan a estos patrones, una vez más las excepciones se hacen patentes, como ya lo he indicado, todo un sistema paralelo se encuentra presente como subtexto del discurso progresista que esta reforma ha implicado, pues tratándose de delincuencia organizada, el acusado no pareciera ser considerado como un sujeto de derechos, sino que literalmente se le trata como enemigo en pie lucha, que al caso cuando de orden bélico se trata, incluso ha de prevalecer el tratamiento humanista<sup>72</sup>. En conclusión, la reforma constitucional tiende a garantizar el carácter de sujeto de derechos en toda persona acusada, salvo que los motivos de la acusación versen sobre delincuencia organizada.

#### 2.4.1.7. UN SISTEMA GARANTISTA

"En términos generales, lo anterior nos lleva a concluir que el modelo de justicia penal vigente, ha sido superado por la realidad en que nos encontramos inmersos. En tal virtud se propone un sistema garantista, en el que se respeten los derechos tanto de la víctima y el ofendido, como del imputado, partiendo de la presunción de inocencia para este último. Tal sistema se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, con las características de acusatoriedad y oralidad; la primera para asegurar una trilogía procesal en la que el Ministerio Público, sea la parte acusadora, el acusado esté en posibilidades de defenderse y que al

---

<sup>72</sup> Al respecto el Derecho Internacional Humanitario que acoge por encima de la hostilidad de la guerra, la protección de las personas viéndoles como sujetos de derechos.

final, sea un juez quien determine lo conducente; la segunda, que abonará a fomentar la transparencia, garantizando al mismo tiempo una relación directa entre el juez y las partes, propiciando que los procedimientos penales sean más ágiles y sencillos<sup>73</sup>.

La reforma plantea como una de sus bases medulares, la implementación de un sistema penal garantista; ciertamente existen institutos que servirán como límites al poder punitivo del Estado, como la redundancia indicativa del principio de inocencia del acusado, o el establecimiento de un juez de control que observe el desarrollo de la etapa investigativa del Ministerio Público al que se le ha suprimido la calidad de autovalidación de su investigación; pero, también existen otros institutos que a mi juicio detractan los límites garantistas, todo un apartado excepcional para el tratamiento de procesos penales *diferentes*, planteándonos así un nuevo paradigma de lo que debemos entender por justicia penal, es decir ¿Se trata ahora de un sistema seleccionador? Un sistema que *a priori* define cuando menos dos vertientes de actuación, una general y una excepcional, con mutabilidad de conceptos, silogismos defectuosos que validan por general normas que son de carácter excepcional, que confunde la seguridad ciudadana con seguridad del Estado, y que abre una puerta tan tétrica como aquella donde se lee *abandone toda esperanza aquel que entre aquí*.

### 3. A MANERA DE CONCLUSIÓN

En México, la reforma constitucional de 2008 tuvo ecos profundos en el sistema de justicia penal, al grado tal que podemos sin duda asegurar que nos encontramos en los albores de un nuevo paradigma, que aún no se ha logrado consolidar en la integridad del territorio nacional, pero respecto del cual existen ya las condiciones

---

<sup>73</sup> Dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales y de justicia... *Ob., Cit.*

necesarias para que ello suceda<sup>74</sup>; cierto es que la realidad de nuestro día a día clama por ser atendida, sin embargo no puedo del todo confirmar la certeza de racionalidad que una reforma de esta envergadura debería marcar, porque es tibia, a veces me parece que bajo el discurso de la tímida benevolencia más bien delinea una reforma reaccionaria, muy enfática por cierto, además, en el tratamiento de todo aquello que se vincule a la delincuencia organizada.

El narcotráfico se ha convertido en el demonio que asalta nuestra racionalidad, al que ya no se comprende como fenómeno que ha de tratarse metódicamente, con estrategias eficaces claro está, pero más aún ciertamente pertinentes, útiles y adecuadas; sino como amenaza que ha de extinguirse. Sin ánimo de parecer pesimista quiero referir que el delito es una realidad que ha acompañado a la humanidad a lo largo de toda su historia, la delincuencia organizada no es para nada ajena a esta afirmación<sup>75</sup>; comparto el deseo de que sea menguada satisfactoriamente, en aras de un mejor estar; pero disiento de los métodos hipócritas que se han asumido como directriz de la política pública en materia de criminalidad.

Como lo he indicado, son varios los factores que considero inciden en la reforma que ahora brevemente comento, desde los que atienden al campo de la macroeconomía hasta los que se pretenden erigir como vigías certeros de los más elementales estándares de tratamiento para el subyugado al *Ius puniendi*; así el espectro visible del haz de primo empleo estatal: el Derecho Penal, ha sido ampliado. Sobre esta dilatación debo decir: Que el Derecho Penal conforme al sesgo político que le orienta en la Reforma Constitucional tiende a desvanecer

---

<sup>74</sup> Decreto por el que se reforma la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Publicado en el Diario Oficial de la Federación en fecha 8 de Octubre de 2013.

<sup>75</sup> Al respecto, GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe: La delincuencia organizada (algunos aspectos penales, criminológicos y político-criminales) Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato, México 2001, p. 39 y ss. [hasta 130].

su connotación cultural humanista para asumir un papel de saber tecnocrático<sup>76</sup>, presentando una transustanciación de objeto cognoscible conforme a todos los lineamientos del método dogmático, por una herramienta, un simple dispositivo para la satisfacción de distendidos fines político-criminales. Así los límites racionales de empleo del poder punitivo se han visto acotados por la vertiente eficientista que busca acabar con la delincuencia, o con los *delincuentes* en su caso, arremetiendo contra ellos con el Derecho Penal<sup>77</sup>.

Una de las estrategias que al respecto se han asumido es la de la militarización de la seguridad pública, una tarea que es distintiva de las fuerzas policiales; más aún, que es ajena de las fuerzas militares, quienes habrían de actuar para garantizar la seguridad interior<sup>78</sup>, entendida sí como la situación de resguardo de derechos y garantías de los gobernados, pero más como garante de vigencia de las instituciones del Estado ante determinados detractores; actuaciones que escapan asimismo, al tiempo de paz; empero éste concepto hoy en día se encuentra íntimamente vinculado en nuestra realidad mexicana, con el de Seguridad Nacional<sup>79</sup>, que se define como las acciones destinadas

---

<sup>76</sup> Sobre esta afirmación retomo palabras de: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, *Ob., cit.* P. 30.

<sup>77</sup> Al respecto, especialistas como JOSÉ ANTONIO CRESPO, investigador del CIDE (Centro de Investigación y Docencia Económicas, A.C.), han augurado para fin del sexenio corriente una alarmante cifra de 70,000 (setenta mil) muertes relacionadas con esta estrategia reactiva. *Vid., ¿No más sangre?* En: *El Universal*, México D.F. 18 de Enero de 2011, disponible en: <http://www.eluniversal.com.mx/editoriales/51388.html> fecha de consulta: Septiembre 25 de 2011.

<sup>78</sup> Sobre funciones y objetivos del Ejército, Fuerza Aérea y Armada de México, *Vid., CARLOS ESPINOSA, Alejandro: Derecho militar mexicano, 3ª ed., Porrúa, México 2005, pp. 72,82 y88.* Asimismo, artículo 89 Constitucional, fracción VI, que prevé el empleo de las Fuerzas Armadas, para la seguridad interior y defensa exterior de la federación.

<sup>79</sup> Concepto que se encuentra realmente instrumentado, pues sobre él se manifiesta por ejemplo la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (artículos 16; 20 apartado B, fracción V; 73 fracción XXIX-M, y; 89 fracción VI), y se ha creado la Ley de Seguridad Nacional, donde además se creó el Consejo de Seguridad Nacional, integrado entre otros por los titulares de la Secretaría de Defensa Nacional y el titular de la Secretaría de Marina.

de manera inmediata y directa a mantener la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano<sup>80</sup>, además se contemplan como amenaza contra la Seguridad Nacional los actos que obstaculicen o bloqueen operaciones militares o navales contra la delincuencia organizada; de esta guisa puede inferirse que la investigación y persecución de los delitos relacionados con la delincuencia organizada, dentro del sistema de justicia penal, están encomendadas a las fuerzas armadas, cuando menos al Ejército y la Armada, pues incide ya por sí, en el ámbito de la Seguridad Nacional. Considero que ello coloca a las Fuerzas Armadas en un *novo* estado de actuación, intermedio al tiempo de paz y de guerra,

La cierta situación de la delincuencia organizada en la mira de prácticamente toda excepción que indica la reforma, es evidencia de una persecución selectiva, dirigida a toda persona que encuadre en el arquetipo de estos miramientos, en la que habrá de aplicarse todo un régimen excepcional, por cierto muy violento, virtud del empleo de un factor real del poder en esta lucha: Las Fuerzas Armadas. Así puedo inferir que la reforma constitucional ha conducido a nuestro sistema de justicia penal a tomar un rumbo diferente, camino a un nuevo paradigma de lo que ha de entenderse por justicia penal, que parece en sí misma incongruente, clamando garantismo y derramando violencia reaccionaria, donde muy por debajo del discurso de igualdad se persigue como en cacería al objetivo de esta guerra que emprendió gobierno federal, y para los fines de la cual, ha de hacerse todo lo que sea indispensable; ¿el costo? Aún incierto.

---

<sup>80</sup> Artículo 3 de la Ley de Seguridad Nacional.