

TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA, JUSTICIA PENAL Y DERECHOS HUMANOS

DEMOCRATIC TRANSITION, CRIMINAL JUSTICE AND HUMAN RIGHTS

Sofía Magdalena Cobo Téllez*

José Zamora Grant**

RESUMO: La transición democrática trajo consigo una ruptura y crisis del paradigma de la defensa social y con ello el surgimiento de modelos acusatorios de corte democrático donde la víctima adquiere una relevancia en el proceso penal. El presente artículo analiza el contexto histórico desde los orígenes del derecho penal hasta la actualidad con una metodología de reconstrucción socio-histórica idónea para evidenciar los procesos hacia la consolidación democrática del Estado Mexicano.

PALAVRAS-CHAVE: Justicia penal. Transición democrática. Defensa social. Modelo inquisitivo. Modelo mixto. Modelo democrático. Derechos humanos.

SUMÁRIO: Introducción: los orígenes del derecho penal. 2. Inquisición vs. Democracia. 3. La ideología de la defensa social y el surgimiento de los modelos mixtos – inquisitivos. 4. Ruptura y crisis del paradigma de la Defensa social: la contribución de la víctima al proceso de consolidación democrática de la justicia penal. 5. Transición democrática. Conclusiones.

ABSTRACT: The democratic transition brought with it a rupture and crisis of the paradigm of social defense, and with it the emergence of accusatory models of democratic court where the victim acquires a relevance in the criminal process. This article analyzes the historical context from the origins of criminal law to the present with a methodology of socio-historical reconstruction suitable to evidence the processes towards the democratic consolidation of the Mexican State.

KEYWORDS: Criminal justice. Democratic transition. Social defense. Inquisitorial model. Mixed model. Democratic model. Human rights.

91

INTRODUCCIÓN: LOS ORÍGENES DEL DERECHO PENAL

Los orígenes del derecho penal y, por tanto, los parámetros de la justicia penal como la conocemos, fueron fincados en el liberalismo clásico hacia la segunda mitad del siglo XVIII. La justicia dejaba de ser ajusticiamiento y se acotaba la potestad punitiva de reacción al delito a los márgenes de la ley, para entonces más humana, y sobre todo basada en el reconocimiento de derechos para todos los seres humanos¹.

* Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Tlaxcala, México. Master Internacional en Sistemas Penales Comparados y Problemas Sociales en la Universidad de Barcelona (UAT), España. Especialista en Derechos Humanos por la Universidad de Castilla La Mancha (CENADEH), España. Profesora Investigadora en el Instituto Nacional de Ciencias Penales, México. Profesora por Oposición en la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México. Consultora de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD-OEA).

** Doctor en derecho, cursado en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Master Sistema Penal y Problemas Sociales en la Universidad de Barcelona (UB), España. Profesor Investigador en la Universidad Autónoma de Tlaxcala y en el Instituto Nacional de Ciencias Penales, México.

¹ Beccaria, máximo referente del liberalismo clásico, en cuanto a justicia penal se refiere, basado en la idea de presunción de inocencia en el derecho penal garantista durante la naciente modernidad, afirmó que un hombre no

Con la modernidad cambiaron las fórmulas de la organización social, política y económica, al reconocerse en ley la igualdad para todos. El derecho se convirtió en el sustento de legitimación de las potestades públicas, y por tanto también de las punitivas. Así, el derecho penal en la, para entonces, naciente modernidad, se caracterizó por ser una respuesta pública y legítima a los actos delictivos que trastocaban la organización social fincada en ley. El delito significaba un ataque a la sociedad que habría que defender mediante reacciones punitivas tendientes, únicamente, a restaurar el orden público y el restablecimiento de la paz social, un derecho penal de orden público sustentado en la naciente fórmula de la defensa social².

El Estado nace como Estado absoluto³, las fórmulas de ejercicio totalitario del poder le caracterizarían hasta el advenimiento de la modernidad con el reconocimiento de la igualdad para todos en la ley. El presupuesto de la igualdad, a su vez, maximizaría el ejercicio de las libertades; libertad igual, serían los presupuestos jurídicos que fundamentarían la organización política y también la función pública de los nacientes Estados constitucionales de derecho - Estados modernos-, y el despliegue de las potestades punitivas no serían la excepción. La legitimación ahora, sería el derecho mismo y no la divinidad. La transición de los modelos inquisitivos hacia los democráticos sería lenta pero verificable; y una de las más importantes unidades de medida de tal proceso evolutivo ha sido y es, la justicia penal.

92

1 INQUISICIÓN VS. DEMOCRACIA

La preposición latina *versus* significa *hacia*, encontrarse frente a algo pero en dirección hacia, da la idea de una transición desde y hacia, de ahí que resulte útil para expresar el sentido

podía ser llamado reo antes de la sentencia de un juez, ni la sociedad podía quitarle la pública protección, sino cuando estuviera decidido que había violado los pactos bajo los que se fundaba la convivencia social. BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Edición del Fondo de Cultura Económica, tomado de la traducción de Juan Antonio de las Casas, de 1774. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 246.

² Fórmula que se recrudecería hacia el siguiente siglo con la influencia del positivismo criminológico y variables represivas fundadas en una explicación, para entonces considerada científica, que sostuvo que los seres humanos se clasificaban en buenos y malos, peligrosos y no peligrosos, delincuentes y no delincuentes. A la postre, se asociaría la fórmula de defensa social con los modelos procesales mixtos inquisitivos, que pocos derechos reconocían en las personas que etiquetaban como delincuentes y en quienes pretendía encontrar al delito, presumiendo su culpabilidad.

³ Juan Bustos Ramírez, afirma: "Cualquier análisis del Estado moderno tiene que partir de sus orígenes, esto es, del Estado absoluto, que es precisamente el Estado originario". BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *El pensamiento criminológico II. Estado y control*. Bogotá: Editorial Temis, 1983, p. 11.

de transición del Estado y de los modelos de justicia penal, desde las fórmulas inquisitivas del Estado originario hacia su consolidación democrática.

En este orden de ideas, el Estado y el derecho, en la modernidad, desde su origen, evolucionan en conjunto hacia su consolidación democrática, y la justicia penal, es y debe ser reflejo de ello; por estas razones es considerada una unidad de medida del desarrollo democrático de un Estado dado⁴. Un modelo de justicia penal, luego entonces, es más democrático en la medida en que consagra, a la vez que garantiza, el goce y ejercicio de los derechos para los que con él entran en contacto, y sus potestades punitivas están debidamente acotadas.

En las instituciones que conforman los sistemas de justicia penal, la democracia es una expectativa política en desarrollo, y así como los modelos políticos democráticos no son modelos puros, sino que revisten características particulares que evidencian su grado de desarrollo y madurez, las instancias de la justicia penal no sólo no dejan de ser ajenas a esta inercia, sino que son uno de los reflejos más importantes del desarrollo, también democrático, de un sistema político determinado.

Bajo la fórmula de derechos y obligaciones que conforman los sistemas jurídicos occidentales, los derechos de unos, con sus excepciones, siempre exigen la contraprestación de otros, en tanto obligación; cuando se trata de las relaciones de derecho público, como las del derecho penal, los derechos para las personas se traducen en obligaciones para el Estado y las potestades que, a manera de derechos, tiene el Estado, como las punitivas, se traducirán en restricciones a los derechos de los personas, para el caso víctimas e imputados, quienes verán disminuidas, principalmente, sus libertades. Éstas son las relaciones de derecho público, donde los desequilibrios suelen ser manifiestos entre las vastas potestades de unos y los incipientes derechos de otros.

El despliegue ecuaníme y responsable, incluso moderado, de la fuerza evidenciará, sin duda, un sistema de justicia penal de corte democrático; sin embargo, la justicia penal es la mejor posibilidad que tiene el Estado para ejercer el monopolio sobre ella, por lo que, entre mayor represión ejerza, menos democrática será su función. Entre mayor sea la fuerza

⁴ En un sistema político democrático, las instituciones públicas deben corresponderse con una expectativa política tal; por ello, el desarrollo democrático de un sistema político depende, sin duda, del desarrollo democrático de las instituciones que le integran, la manera en que se conforman y la forma en la que despliegan su función pública, por lo que un sistema de justicia penal, en un modelo tal, debe revestir características democráticas; por ello, se habla de sistema de justicia penal democrático.

desplegada por las instancias punitivas, los derechos para las personas involucradas en y frente a la justicia penal, como víctimas e imputados de delito, se verán disminuidos de manera inversamente proporcional; pero, si las potestades punitivas del Estado disminuyen y se acotan, los derechos y libertades de estas personas aumentarán.

Es precisamente esta relación de derechos y obligaciones inversamente proporcionales la que define a la postre, el grado de desarrollo democrático de un sistema de justicia penal dado y, por supuesto, reflejo del grado de desarrollo democrático del Estado mismo.

Es en el diseño del modelo procesal penal que opere las variables sustantivas de un derecho penal dado, en donde las potestades del Estado pueden acotarse o ampliarse, por lo que el modelo procesal es en mucho el instrumento que define –y permite medir– el grado de desarrollo democrático de su sistema penal.

2 LA IDEOLOGÍA DE LA DEFENSA SOCIAL Y EL SURGIMIENTO DE LOS MODELOS PROCESALES MIXTOS-INQUISITIVOS

94

La influencia de la ideología de la defensa social marcó no sólo el origen del derecho penal en la modernidad, sino que lo determinó por más de un siglo y, en cierta medida, aún lo hace. Esta ideología, con sus matices y diferencias, se genera por la influencia a su vez del contractualismo de Rousseau en los orígenes iluministas del siglo XVIII, primero, pero se recrudece con la influencia del positivismo del siglo siguiente.

Ambas influencias en el derecho penal tienen diferencias radicalmente opuestas en tanto dieron origen a dos paradigmas epistémicamente opuestos: el de derecho penal de acto -influencia contractualista- y el de derecho penal de autor -influencia positivista-; sin embargo, tienen en común ello: la defensa de la sociedad, en tanto unidad respecto del enemigo, generalmente el diferente; esto es, aquél que no comparte los intereses mayoritarios en una sociedad para entonces muy homogénea en su composición y con intereses comunes⁵. Las

⁵Zaffaroni sostiene que el trato diferenciado que se depara al *enemigo* le niega su condición de persona, y sólo es considerado en tanto ente peligroso o dañino; se trata, afirma, de seres humanos a los que se priva de ciertos derechos en razón de dejar de considerarles personas, en su mayoría gente pobre y marginada, que sufre un juicio de pocas garantías efectivas para contrarrestar, desde su inferior posición, los embates de una justicia penal ensañada con ese sector poblacional y sus “víctimas”, de condición vulnerable y sobre-victimizadas por una justicia penal que nunca les consideró. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. México: Ediciones Coyoacán, 2007, p. 19.

sociedades de entonces, relativamente bien integradas, se caracterizaban por la poca movilidad de sus miembros –en mucho por el escaso desarrollo de los medios de comunicación de la época–, lo que hacía que los valores culturales pasaran de generación en generación y, por ende, las ideologías y las costumbres. Luego, el delincuente sería el enemigo, aquél que atentaba contra los intereses mayoritarios y contra el interés superior de mantener los vínculos sociales en comunión.

Lo que diferencia a ambas influencias, es la manera de reaccionar al delito, es por ello que el derecho penal de acto, propia de la influencia contractualista en el iluminismo, daría origen al garantismo penal y la influencia del positivismo, a los modelos intervencionistas de represión y control, muy similares a los fundamentos de las políticas punitivas que se identifica hoy día como de derecho penal del enemigo. La influencia del positivismo se arraigaría desde su advenimiento hacia la segunda mitad del siglo XIX, e impactaría las políticas de la criminalidad en gran parte de América latina, y México no sería la excepción.

Los modelos de la defensa social con la influencia del positivismo⁶, tanto en el derecho penal como en la criminología y la política criminal, desde mediados del siglo XIX hasta recién entrado el siglo XXI - en el caso mexicano-, fueron la fuente de legitimación de una reacción punitiva arbitraria, dando contenido a un derecho penal represivo, donde hacer justicia ha significado sanciones calificadas de ejemplares, con el pretexto de mantener y/o restaurar el orden público bajo el imperio de la ley y el respeto irrestricto al principio de legalidad. Bajo estos parámetros, la sanción debía irremediabilmente llegar, por lo que los modelos alternativos a la misma, como los arrepentimientos, perdones o reparaciones del daño, no tenían cabida.

Las cosas no fueron muy diferentes en el devenir de más de siglo y medio; los modelos procesales de variables represivas y poco respetuosas de los derechos humanos fueron el común denominador; las leyes se endurecieron y la justicia penal se convirtió en un ámbito de discriminación, la justicia penal se ensañaría con los más débiles⁷, aquellos a los que el acceso a la justicia les estaba negado o les era inalcanzable; personas consideradas de menor valía y sacrificables en aras de una sociedad cimentada bajo principio –e ideologías- para entonces

⁶ Este modelo de pensamiento también motivó una fórmula de Estado represiva: la intervencionista, que dio pauta –y también fundamentó– al nacimiento del Estado Nazi y que ha dejado para la historia de la humanidad el lamentable episodio del Holocausto. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *El pensamiento criminológico II. Estado y control*. Bogotá: Editorial Temis, 1983, p. 18.

⁷ Ver nota 5.

consideradas universalmente válidas. La historia de la humanidad viviría bajo esta concepción ideológica, sus más cruentas experiencias genocidas como el Holocausto Nazi⁸.

Inercias todas de una justicia, si bien legitimada por un argumento de apego irrestricto a la legalidad, pero siempre sustentada en variables inquisitivas de origen pre-moderno, y por tanto insostenibles bajo las expectativas de una sociedad democrática como la actual. La historia demostraría que la propia ley podría fundamentar hecho atroces y denigrantes de la condición humana, de su integridad y de su dignidad.

Es en este contexto y bajo esta ideología de Defensa social, que se construyeron los modelos procesales penales de mixtos de corte inquisitivo; fórmulas procesales que reconocía sí, una cierta cantidad de derechos para los imputados de delito, pero poco operables bajo una estructura procesal pesanda para encontrar el delito en el así denominado delincuente; presunción de culpabilidad, carga de la prueba para el imputado y pocas garantías para ejercer el derecho reconocido a la defensa, caracterizaron a estas fórmulas procesales viejentes por décadas en la cultura jurídica occidental⁹.

Un modelo procesal mixto inquisitivo no es más que el reflejo de un desarrollo democrático pobre, en donde las potestades estatales tienen pocos límites y, por ende, los derechos y libertades de las personas están en demasía acotados. Por ello, en los modelos mixtos de corte inquisitivo, las potestades para la incriminación son vastas, de poca transparencia y con muchas posibilidades de violentar los derechos humanos, tanto de los imputados de delito como de las víctimas y demás involucrados.

Un bajo desarrollo democrático de un Estado en particular se reflejará en un modelo de justicia penal represiva y un proceso penal inquisitivo, aún con sus mixturas; un modelo democrático maduro, por el contrario, sin duda tendrá un sistema penal respetuoso y garante de los derechos de las personas. En los modelos occidentales de influencia romano-germánica, estos modelos se identifican como procesales acusatorios, de influencia garantista¹⁰.

⁸ Ver nota 6.

⁹ El Código de Instrucción Criminal Francés de 1808 es el antecedente del primer Sistema Procesal Mixto e influenció a la doctrina jurídica alemana del Siglo XIX, la cual reconoce al acusado como sujeto del proceso con la posibilidad de defenderse, al sistema de libre valoración de la prueba, la desaparición de la tortura y la creación de un órgano público acusador que diferenciaba entre las funciones de acusar y juzgar, al mismo tiempo que representaba un control frente al arbitrio judicial. En este sentido: AMBOS, Kai. *El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento por comprender su significado actual desde una perspectiva histórica*. Lima: Editorial Palestra, 2010, p. 155.

¹⁰ Luigi Ferrajoli estructura el modelo garantista sustentado en 10 axiomas o principios garantistas que responden a las preguntas de cuándo y cómo castigar, cuando y cómo prohibir y cuándo y cómo juzgar; es precisamente esta

En la modernidad, las fórmulas procesales acusatorias sin embargo, nunca han sido puras, como tampoco las inquisitivas, siempre existe un conjunto de características que se corresponden con una u otra fórmula, de ahí que Ferrajoli hable de grados de garantismo¹¹. Es por ello que los sistemas procesales son reflejo del grado de desarrollo democrático de la justicia penal en general y del Estado mismo.

Zaffaroni¹² afirma que los sistemas que han existido históricamente no han revestido formas puras inquisitivas o acusatorias, sino que han sido mixtos; para el autor, estos sistemas no son más que meras abstracciones, donde quizá no correspondan, en toda extensión y estricta pureza, a un modelo determinado; son, en realidad, esquemas contruidos con los caracteres dominantes o extremos que en la práctica se han ido sucediendo, mezclando o combinando en proporciones o aspectos variadísimos.

Bajo la ideología de la Defensa social, los intereses “particulares” de las víctimas no interesaban, más bien habría que evitar las venganzas “privadas” para el bienestar colectivo. Por ello, el derecho penal es de interés público y no privado; la afectación social era de interés público y no de las víctimas en lo particular; por ello, para entonces, y durante muchas décadas, la reparación del daño de la víctima, por ejemplo, debía conocerse por ramas del derecho privado, como el derecho civil; si un victimario reparaba el daño a su víctima, ello no evitaba ni disminuía la reacción punitiva, a través de una sanción. El derecho penal moderno no fue contruido para las víctimas, nunca las consideró; por el contrario, nació precisamente para lo contrario, para excluirlas, para evitar su venganza, para la defensa social¹³.

En este orden de ideas, es fácil entender el porqué del complicado –y también lento– proceso de incorporación de la víctima en el derecho penal, desde su surgimiento y hasta la fecha, para consagrarle derechos y darle un protagonismo determinado en la justicia penal, principalmente en las variables procesales¹⁴.

última pregunta la que responde: mediante un proceso penal acusatorio, sustentado en los principios de acusación, carga de la prueba y contradicción. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1998, p. 93 y ss.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, p. 97 y ss.

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal*. México: Cárdenas Editores, 1986, p. 19 y ss.

¹³ Tesis transversal de la obra de ZAMORA GRANT, José. *Derecho Victimial. La víctima en el nuevo escenario penal*. 3. ed. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2018.

¹⁴ En México, en las últimas décadas, reformas constitucionales y el surgimiento de leyes específicas como el Código nacional de procedimientos penales y la Ley general de víctimas, han consagrado un cúmulo de derechos para las víctimas, muestra del evidente proceso de democratización de la justicia penal.

3 RUPTURA Y CRISIS DEL PARADIGMA DE LA DEFENSA SOCIAL: LA CONTRIBUCIÓN DE LA VÍCTIMA AL PROCESO DE CONSOLIDACIÓN DEMOCRÁTICA DE LA JUSTICIA PENAL

Acontecimientos tan lamentables como el Holocausto, generaron la crisis teórica de las ciencias sociales en general y en particular de un modelo cuyas variables punitivas -Defensa social- se había ensañado con los más vulnerables y socavaba su dignidad. No es coincidencia que el concierto de las Naciones Unidas tuviera como eje central a las víctimas del Holocausto y a su dignidad; la historia de la humanidad no podía permitir que algo como aquello volviera a suceder y el texto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos es claro en afirmarlo. A partir de entonces se generarían instrumentos internacionales para reconocer y garantizar los derechos de las personas cuya condición de vulnerabilidad le alejaba del acceso al ejercicio de sus derechos, e involucraran en la inercia a los Estados que aceptaran ser parte de los mismos

98

La justicia penal con mayores o menores resistencias haría lo propio para el reconocimiento de derechos y la garantía de acceso a la justicia para ejercicio de los mismos por las personas involucradas en y frente a la justicia penal.

El proceso de democratización de la justicia penal hacia las variables democráticas, mediante el reconocimiento cada vez mayor de derechos de los involucrados en y frente a la justicia penal, principalmente imputados de delito y víctimas de los mismos, y la consecuente limitación de las potestades punitivas, sería sí paulatino, pero muy lento en ciertos entornos geográficos como México. Sin hacer un recuento cronológico, tal incorporación ha revestido dos principales características:

Por un lado, un reconocimiento paulatino y de lento crecimiento de los derechos de imputados y víctimas en ley fundamental, primero, y luego reflejado en leyes secundarias; proceso en el que habría que destacar el surgimiento de instrumentos internacionales que consagran reglas del debido proceso legal y derechos para personas en situación de vulnerabilidad en general, que, sin duda, y en algunos casos por obligación, han influido directamente en la incorporación local de derechos humanos para imputados y víctimas, pero también para personas que, por su situación de vulnerabilidad, son frágiles frente al delito, sí,

pero también frente al sistema punitivo, ya sea en su calidad de víctimas, de imputados de delito o de testigos; esto es, potenciales víctimas de delito y de violaciones a los derechos humanos.

Por el otro lado, una dificultad mayor para hacer efectivos aquellos derechos que, si bien reconocidos en los textos legales, su operatividad y efectividad han sido casi nulas, merced a una serie de causas a identificar, entre ellas:

- 1) La influencia del positivismo en el derecho penal, en general, y en la victimología naciente de mediados del siglo XX, en lo particular, arraigarían a una justicia más represiva que democrática, en tanto las culpabilidades pretendían encontrarse en los sujetos; así, el hombre delincuente, desde el modelo criminológico positivista y el derecho penal de autor, en correspondencia, por un lado, y desde la óptica victimológica de ésta, influencia una inercia que pretendió encontrar en la víctimas las respuestas de las causas del delito y, por tanto, su grado de responsabilidad. Influencia que se correspondió con un modelo procesal identificado como mixto inquisitivo, cuyas variables procesales reflejaban –y aun lo hacen– las tendencias represivas de un modelo –el positivista– que pretendió encontrar el delito en el delincuente y que terminó ensañándose –como hasta ahora– con los más vulnerables.
- 2) El arraigo de aquel modelo procesal mixto inquisitivo, no apto para la atención y protección de las víctimas en particular, ni de los imputados en general, que aun cuando reconocía ciertos derechos para estos últimos –lo que le daba el calificativo de mixtos–, por su naturaleza represiva, ninguna variable respecto de derechos para involucrados en el proceso penal le resultaba adecuado; ello explica también el proceso tan complicado de inclusión de derechos para los imputados de delito.

Los orígenes de la victimología, si bien se sustentaron en un mal argumentado inexplicable olvido de la víctima, lo cierto es que pusieron en la discusión y debate, tanto penal como criminológico, a las víctimas de los delitos. Debate y discusión que se contiene principalmente en el recuento de la teoría victimológica, pero también en las alternativas democráticas para la justicia penal de la segunda mitad del siglo XX, producto de la revisión crítica de mediados de aquel siglo, en el que se analizó y puso en tela de juicio la reacción al delito. Modelos como el Realismo de Izquierda, el Abolicionismo penal y el Garantismo

penal¹⁵, recuperarían, en sus argumentos teóricos, en mayor o menor medida, el protagonismo y participación de la víctima en lo penal; se preocuparían principalmente por la igualdad de armas y los derechos de los imputados de delito, para encontrar los equilibrios procesales¹⁶, ausentes en los modelos procesales mixtos, de tendencias más inquisitivas que democráticas.

Es precisamente la influencia del modelo teórico conocido como garantismo penal lo que da contenido a gran parte de la reforma judicial de 2008 en México, por la que se incorpora un modelo procesal¹⁷ acusatorio que está dejando atrás los mixtos inquisitivos de influencia positivista.

Los derechos de imputados y de víctimas son, principalmente, frente a la justicia penal, lo que implica entonces, de manera inversamente proporcional, una disminución y acotamiento de las potestades punitivas; sin duda, la incorporación de estos derechos son reflejo del reconocimiento de la situación de vulnerabilidad, y por tanto de desventaja, en la que se encuentran imputados y víctimas frente a la justicia penal. Habrá que recordar que la esencia del modelo acusatorio de corte garantista es encontrar el equilibrio de fuerzas entre los involucrados en la justicia penal; esto es, la igualdad de armas para un juicio justo; y tales equilibrios se obtienen, en modelo tal, dando derechos a los más vulnerables, para evitar el arbitrio de la fuerza de los otros.

Se ha llegado así a un grado de desarrollo importante de derechos para los involucrados en y frente a la justicia penal; y, si bien, como se comentó, el proceso ha sido lento y complicado y los retos son aún mayores, lo cierto es que este proceso evidencia el desarrollo y evolución democrática de una justicia penal que trata de dejar atrás las variables inquisitivas, para arribar a inercias más democráticas.

¹⁵ Si se quiere abundar en estos modelos, se recomienda la obra de ZAITCH, Damián y SAGARDUY, Ramiro. La criminología crítica y la construcción del delito. *Delito y Sociedad*, a. 1, n. 2, Septiembre de 1992, p. 31-52.

¹⁶ La influencia de los modelos sociológicos del conflicto en el garantismo penal es evidente. En este sentido, Massimo Pavarini explica que para los teóricos del conflicto, éste -el conflicto- es la constante no eliminable de toda estructura social. El problema de los conflictos -se sostiene en este modelo- es que generalmente no hay equilibrio en sus participantes; esto es, la desigualdad “de armas” en ellos es evidente. La balanza se cargará así, por lo general, hacia la parte más fuerte, lo que explica por qué la mayoría de las víctimas son personas en condición de vulnerabilidad. PAVARINI, Massimo. *Control y dominación. teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. México: Editorial Siglo XXI editores (8ª. Edición en español), 2003, p. 140.

¹⁷ La reforma en México, impactó a las variables procesales pero muy a las sustantivas. Para Ferrajoli, no es suficiente la, incluso vasta, consagración de derechos sustantivos sin la debida estructuración de garantías procesales para su actualización, y viceversa; la correspondencia de un sistema penal, en cuanto tal, exige congruencia en cada elemento que le compone; de ahí la importancia de la correlatividad, expresada por él, entre las garantías de legalidad -presupuesto de las garantías penales o sustantivas- y la de jurisdiccionalidad, presupuesto de las garantías procesales. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trota, p. 537.

4 TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA

La década de los ochentas en el siglo XX en América Latina, se caracterizó por la transición de sistemas políticos autocráticos hacia gobiernos democráticos; el hilo conductor han sido los derechos humanos¹⁸. Como todo proceso, la transición democrática se ha reflejado en reformas constitucionales al sistema judicial en general y a los sistemas de justicia penal en lo particular, sobre todo por el cambio de los sistemas procesales. El proceso de transición ha seguido diferentes rumbos pero sobre todo diferentes ritmos y aún no se ha terminado de consolidar; proceso de transición y reformas en las que la administración de justicia juega un papel muy importante, debido a que su gran reto es otorgar certidumbre jurídica a la ciudadanía, mediante la certeza de sus reglas y la interpretación y defensa de la Constitución.

En este modelo de transición, la justicia penal cobra particular importancia, debido a que sirve -como se afirmó- para medir el grado de democracia de los Estados. En la mayoría de los países latinoamericanos se ha adoptado un nuevo modelo procesal penal de corte acusatorio, el cual pretende ser más democrático. A fin de poder definir a un sistema de justicia penal como democrático, resulta necesario analizar algunos de los indicadores del desarrollo, la democracia y los principios rectores del sistema de justicia penal¹⁹, descartando con ello los principales puntos de crítica del proceso inquisitivo (secreto de la instrucción, utilización de la tortura y poder omnímodo y arbitrario del Juez).

El grado de desarrollo y consolidación democrática de un Estado que se precie de serlo, depende de una serie de indicadores que es necesario medir e identificar; lo cual si bien excede los parámetros de este trabajo, baste decir aquí, que el índice de desarrollo humano por ejemplo, del que el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), desde 1990 ha realizado

¹⁸ Para José María Rico sin embargo, este proceso de transición no se ha producido con avances igualmente importantes en materia de justicia penal. RICO, José María. *Justicia penal y transición democrática en América Latina*. México: Siglo XXI editores, 1997, p. 315 y ss.

¹⁹ RICO, José María. *Justicia penal y transición democrática en América Latina*. México: Siglo XXI editores, 1997, p. 24.

esfuerzos para medirlo²⁰, es una de las variables más importantes para identificarlo; asimismo la libertad es siempre determinante en el desarrollo democrático, la cual es resultado importante de las opciones y libertades que tienen y que ejercen las personas y sus sociedades; la libertad es siempre determinante en el desarrollo pues constituye un principal parámetro para evaluar la democracia y el desarrollo en un país.

Los derechos de tipo social son también sin duda un elemento esencial para medir democracia, no sólo porque se consagren, sino, principalmente, por cómo se garantice el goce y ejercicio de los mismos y redunde en beneficios reales, materiales y verificables.

4.1 TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA EN MÉXICO HACIA EL SIGLO XXI

La realidad mexicana en materia de justicia penal y de derechos humanos se recrudecería hacia finales del siglo XX y principios del XXI: el informe/diagnóstico de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas en México, hacia el año 2003, evidenciaría no sólo los rezagos en el sistema de justicia penal, totalmente incorrespondido con los estándares internacionales consignados en los tratados de los que, en su mayoría, México ya era parte, así como la serie de violaciones a derechos humanos que, por ello mismo, se propiciaban.

En consecuencia, habrían de venir, como sucedió, una serie de reformas constitucionales de alto impacto que transformarían el fundamento mismo de la justicia penal y de los derechos humanos, en México, desde el 2005 y hasta la fecha. Así, la reforma en materia de justicia para adolescentes de 2005 y la reforma en materia judicial de 2008, transformarían el paradigma, para entonces vigente, del modelo procesal identificado como mixto inquisitivo, que se correspondía con un modelo de derecho penal de defensa social, vigente hasta entonces, y que se caracterizó por sus variables represivas, en las que se pretendía encontrar, como se afirmó, el delito en los delincuentes. Dicho sistema se basó en la no distinción entre la acusación y el juzgamiento, en la poca transparencia²¹ de su actuar punitivo y en la presunción de culpabilidad,

²⁰ PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. *Informe sobre desarrollo humano*, 1990. Disponible en: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_1990_es_completo_nostats.pdf>. Acceso en: 14 de jun. 2019.

²¹ Para Andrés Ibáñez, existen dos variables de la publicidad: interna y externa; la primera se erige como garantía del imputado, que se opone al secreto de las actuaciones judiciales, y busca darles transparencia, sin duda un mecanismo de control de dichas actuaciones para quienes son parte o están directamente interesados en la causa. La publicidad externa, por su parte, siguiendo al autor, implica un mecanismo de control para quienes, como ciudadanos, tienen un genérico y objetivo interés en que la aplicación del derecho penal no sea arbitraria y discurra

todo lo que lo caracterizó como un sistema gravemente vulnerador de los derechos humanos de los involucrados en la justicia penal, principalmente imputados de delito, víctimas y testigos.

La reforma de 2011 cambiaría, a su vez, el paradigma de la Constitución misma, dando un giro importante hacia los derechos humanos, a los que reconocería en su total dimensión, no sólo reconociéndoles la misma jerarquía a los tratados internacionales suscritos por el Presidente de la República y ratificados por el Senado, sino incorporando el principio pro-persona, por el que el derecho humano a aplicar es el que signifique para la persona la protección más amplia. Evidentemente, esta reforma amplió, como nunca antes, el marco jurídico de protección de los derechos de las personas.

La reforma de 2011 en alusión, también reconoció las características de los derechos humanos contenidas de tiempo atrás en los tratados internacionales, a saber: universalidad, independencia, indivisibilidad y progresividad. Así, el reconocimiento de los derechos humanos y la garantía de su protección obliga, hoy día, constitucionalmente a todas y todos los servidores públicos a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de las personas sin distinción alguna y en completo respeto de su dignidad.

Junto a estas reformas y la de materia de amparo, todas de rango constitucional, habrá de considerarse la legislación de leyes generales, como la Ley general de víctimas, que han significado un avance importante hacia aquellas expectativas democráticas. Así, la ley general de víctimas ha puesto en el centro de la justicia penal no sólo a las víctimas de los delitos, directas o indirectas, sino a las de violaciones a derechos humanos, lo que resulta de sí innovador, por supuesto, pero complejo, en el andamiaje estructural de una justicia penal que se enfrenta al reto que hoy día la propia constitución federal le mandata: condena para el culpable, absolución para el inocente y reparación para la víctima.

Las reformas aludidas han cambiado, con sus excepciones, de manera diametral el paradigma penal y de derechos humanos, lo cual ha generado, sin duda, un choque cultural; tantas décadas repitiendo y aplicando las mismas fórmulas represivas y poco respetuosas de los derechos humanos han afianzado no sólo en las personas, en general, sino en los operadores mismos de la ley penal, en particular, una cultura tal: represiva, que se traduce en actitudes y

por cauces legales. IBÁÑEZ, Andrés. *Justicia penal, derechos y garantías*. Lima; Bogotá: Palestra; Temis, 2007, p. 259-260.

acciones que atentan contra la dignidad humana. Se debe investigar con seriedad esta realidad, para generar alternativas viables para la construcción de un modelo cultural más respetuoso de la dignidad y derechos de las personas.

4.2. TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA DE LA JUSTICIA PENAL. IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO EN MÉXICO: SUS DIFERENCIAS CON LOS PROCESOS MIXTOS INQUISITIVOS

La reforma constitucional mexicana, publicada en junio de 2008, implicó la introducción del Modelo de Justicia Procesal Penal Acusatorio, nuevo para nuestro país, robusteciendo así las reglas del debido proceso y haciendo más viable el respeto a los derechos humanos²². Para analizar su impacto en la garantía de los derechos humanos de las personas sujetas a proceso, es necesario contemplarla desde un contexto global; es decir, extra-procesal, desde la perspectiva de la garantía de los derechos humanos de los sujetos del proceso.

Desde esa óptica, entre los objetivos principales que persigue la reforma, se destacan los siguientes:

- a. Sustituir al sistema mixto por uno acusatorio;
- b. Incorporar las Audiencias públicas y orales;
- c. Separar las funciones de investigación, acusación y juzgamiento;
- d. Que la investigación sea realizada por el Ministerio Público y la Policía;
- e. Crear las figuras del Juez de control, Tribunal de Enjuiciamiento y el Juez de Ejecución;
- f. Fortalecer la defensa pública, los derechos del imputado y de la víctima.

El proceso acusatorio se define como un proceso contradictorio (adversarial), con un órgano que lleva a cabo la acusación y la instrucción (Ministerio Público) y en el que dos partes se enfrentan ante un órgano que decide (Tribunal de Enjuiciamiento)²³. Por lo tanto, se diferencia del inquisitivo fundamentalmente en que las funciones, que en el proceso inquisitivo se encuentran bajo un mismo órgano, en el acusatorio se reparten entre dos órganos públicos diferentes. En la instrucción, el juez sólo se ve limitado, en cuanto al objeto de la instrucción, a través de las peticiones del Ministerio Público, instruyendo y actuando respecto de aquello

²² ZAMORA GRANT, José. *Justicia penal y derechos fundamentales*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 134.

²³ AMBOS, Kai. *El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento por comprender su significado actual desde una perspectiva histórica*. Lima: Editorial Palestra, 2010, p.173

que le es planteado; es decir, dentro del principio inquisitivo, el Estado no encomienda la persecución de los ilícitos y el ejercicio del *ius puniendi* a cada sujeto particular, sino que establece órganos estatales que desempeñarán las funciones en defensa del interés público de oficio²⁴.

También se ha considerado como elemento distintivo, en este tipo de Sistemas, el principio de la carga de la prueba, consagrado en la fracción V del artículo 20 Constitucional, que establece que la demostración de la culpabilidad corresponde a la parte acusadora²⁵, principio íntimamente vinculado con el de presunción de inocencia contrario al de presunción de culpabilidad aplicado en el anterior modelo.

Los sistemas penales de corte acusatorio, a diferencia de los sistemas procesales mixtos de corte inquisitivo, apuestan a la existencia de un proceso penal fundado en la mínima intervención punitiva del Estado, merced a al cúmulo de de derechos para las personas.

Los sistemas de justicia penal de defensa social, históricamente, no han sido dirigidos a la satisfacción o al bienestar de las personas involucradas en el proceso, a través del cumplimiento de sus derechos, sino a compensar mediante el castigo una falta social; por su parte, el modelo de justicia procesal penal acusatorio, permite a las personas el ejercicio de sus derechos.

La reforma en cita diseñó un modelo particular de justicia penal, en la que sí, efectivamente se optó por un modelo procesal de corte acusatorio, pero la reforma introdujo también variables que se corresponden más con las fórmulas represivas propias de la ideología de la defensa social e incompatibles con la ideología garantista²⁶. Habrá que identificar, siguiendo el argumento de Ferrajoli, cuál es el grado de garantismo de nuestro sistema de justicia penal, toda vez que las variables represivas incluidas ahí, evidencian reminiscencias claras de la ideología de la Defensa social.

²⁴ ABEGG, H., citado por AMBOS, Kai. *El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento por comprender su significado actual desde una perspectiva histórica*. Lima: Editorial Palestra, p. 177.

²⁵ ZAMORA GRANT, José. *Justicia penal y derechos fundamentales*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 136

²⁶ Se afirma en el documento *Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia. Guía de Consulta*, documento editado por el Gobierno Federal para difundir y explicar en qué consistía la reforma a través de un ejercicio comparado del antes y después de la reforma, que ésta era en esencia garantista, sin embargo también se afirma que se fortalecía en la Constitución el régimen especial para la delincuencia organizada, con prácticas más eficaces contra ella, como el arraigo y la extinción de dominio. Disponible em: <<https://docplayer.es/17440602-Reforma-constitucional-de-seguridad-y-justicia.html>>. Acceso em: 07 fev. 19.

La reforma incluyó entonces, tanto variables democráticas como represivas, por lo que su análisis y evaluación nos permitiría identificar el grado de garantismo sí, y de consolidación democrática de la justicia penal también; sin obviar la incongruencia que significa construir un modelo de justicia penal que pone a convivir -y operar- variables propias de modelos epistémicos antagónicos.

De entre las variables democráticas, podemos destacar el incremento de los derechos para los inculcados y las víctimas, además de la restricción a las potestades punitivas del Estado. En este sentido, el artículo 20 Constitucional, tras la reforma del 2008, se reestructura en tres incisos, fortaleciendo los derechos de los imputados y las víctimas u ofendidos, particularmente en los incisos B y C.

Por su parte, el inciso A, asienta el objeto del proceso penal y consagra los principios de un modelo que se presume respetuoso de los derechos humanos, garantizando la presencia del Juez en las audiencias, considerando como pruebas únicamente las desahogadas dentro de la Audiencia de Juicio, priorizando la oralidad y publicidad para el mejor ejercicio del principio contradictorio, reforzando la presunción de inocencia y reforzando el equilibrio procesal por la igualdad de los derechos²⁷.

Dentro de los indicadores que pueden medir la “calidad” de un proceso penal, conforme a su constitucionalidad, se encuentra la actuación policial²⁸. Frecuentemente, y ante un contexto social desfavorable, el procedimiento convencional intentó resolver el problema otorgándole mayor posibilidad de intervención a la actuación policiaca, lo cual, en muchas ocasiones, trae como consecuencia abusos. Otro aspecto importante a considerar es la independencia judicial; es decir, que la reforma garantice la independencia de los operadores del sistema judicial (jueces, fiscales, funcionarios judiciales), del poder político.

Respecto a los principios rectores del sistema procesal acusatorio, el artículo 20 Constitucional y el 4º del Código nacional de procedimientos penales establecen que el Proceso Penal tendrá la característica de ser acusatorio y oral y en él se observarán los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, así como aquéllos previstos en la Constitución, tratados internacionales y demás leyes aplicables.

²⁷ ORTIZ ORTIZ, Serafín. *Sistema penal preventivo en sistema de justicia penal y nuevas formas de observar la cuestión criminal*. Mexico: INACIPE, 2015, p. 138.

²⁸ AMBOS, Kai. *Breves comentarios sobre la reforma judicial en América Latina*. Lima: Editorial Palestra, 2010, p. 470.

Con la introducción de estos principios, se propone un cambio de paradigma que, si bien se centra en el principio de oralidad, considera a los demás principios y al respeto y protección de los derechos humanos como fundamento de la Reforma Penal.

Se ha considerado al principio de oralidad como el centro de la reforma debido, entre otras cosas, a que es en la audiencia de juicio oral donde se tutelan garantías. Para autores como Ferrajoli, la audiencia de juicio oral es la garantía de las garantías, que necesita de la coexistencia de los otros principios que son la igualdad de las partes, intermediación, concentración, la continuidad, contradicción, como parte de un sistema; es decir, si uno de ellos es quebrantado, el sistema mismo lo es también²⁹.

A su vez, el juicio oral implica la centralidad, por lo que hace que el Sistema sea más justo y neutral; dentro de él se concretan los demás principios, como el de publicidad, que consiste en la oportunidad procesal que se le da a la sociedad de observar la administración de justicia³⁰, implicando que las audiencias sean públicas, con el fin de que a ellas pueda acceder, además de las partes que intervienen en el proceso, el público en general. Sin embargo, la publicidad no es absoluta, se limita según la legislación procesal, por lo cual observa diferentes grados de publicidad: su versión más limitada establece que la publicidad sólo alcanzará a las partes y la más amplia refiere a un proceso de puertas abiertas; ésta última es la que más corresponde a los postulados básicos del Sistema Acusatorio, porque se deduce de un Sistema Democrático Estatal.

En México, actualmente la publicidad tiene sus excepciones; por ejemplo, el acceso a los periodistas, medios de comunicación y a las personas contempladas en los acuerdos generales emitidos por el Consejo de la Judicatura.

La estructura contradictoria³¹ permite que ambas partes discutan ante el Juez el caso, lo que se conoce también como la posibilidad de refutación o contra-argumentación de la información, actos y pruebas de la contraparte, según el principio contradictorio: “*Las partes podrán debatir los hechos y argumentos jurídicos de la contraparte y controvertir cualquier medio de prueba durante el litigio*”. Una justa y oportuna contradicción permite alcanzar el objeto del proceso, debido a que la información es más completa, y se establecen con mayor

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trota, 1998, p. 94.

³⁰ AMBOS, Kai. Ambos, *Breves comentarios sobre la reforma judicial en América Latina*. Lima: Editorial Palestra, 2010, p. 470.

³¹ AMBOS, Kai. Ambos, *Breves comentarios sobre la reforma judicial en América Latina*. Lima: Editorial Palestra, 2010, p. 470.

claridad los argumentos de ambas partes para una sentencia lo más apegada a la verdad real o histórica de los hechos. La fracción VI del apartado A del artículo 20 Constitucional establece la prohibición por parte del juzgador para tratar asuntos relacionados con el proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra. A este principio también se le considera como “igualdad de armas”, debido a que las partes tienen igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, por lo cual, en toda Audiencia deben estar presentes ambas partes.

El principio de inmediación establece que el juicio sólo puede ser realizado por el Juez y no por cualquier otro funcionario. Este principio enmarca la configuración personalizada de la administración de justicia³²: consiste en la obligación del juzgador de presenciar personalmente toda audiencia y percibir, recibir y valorar todo acto que se dé en ella. El Juez, por lo tanto, debe tener una relación directa con el proceso y los sujetos procesales, por lo que toda Audiencia se desarrollará íntegramente en presencia del órgano jurisdiccional y de las partes. En ningún caso el órgano jurisdiccional podrá delegar en ninguna persona la admisión, desarrollo o valoración de las pruebas ni la emisión y explicación de la sentencia respectiva, tal y como lo prevé el artículo 9 del Código Nacional de Procedimientos penales. El Juez debe presenciar el desahogo de todas las pruebas practicadas, apreciar las declaraciones, y observado directamente los medios de prueba (todos ellos desarrollados en la Etapa de Juicio Oral), a fin de emitir sentencia fundamentada en un buen razonamiento y análisis del caso.

El principio de concentración consiste en discutir el valor de las pruebas ante el Juez en la menor cantidad de audiencias, principio esencial para garantizar la equidad del proceso. Es la posibilidad de la refutación o la contraprueba³³. El término concentración consiste en la posibilidad de ejecutar la máxima actividad del procedimiento en la fase oral, evoca la unificación o reunión en un mismo acto de cuestiones determinadas, por lo cual de preferencia la Audiencia se debe desarrollar en una sola sesión o en el menor número posible de sesiones. La concentración procede en cuanto a los actos, pero también en cuanto a los sujetos intervinientes (indispensables para que se desarrolle la Audiencia). Mediante este principio, el Juez recibirá la prueba que va a valorar, así como los argumentos, objeciones y otros de manera conjunta y contigua, por lo cual sólo en Audiencia se podrá recibir el desahogo de las pruebas

³² BINDER, Alberto. Justicia penal en la transición democrática en américa latina. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005, p. 11. Disponible em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-justicia-penal-en-la-transicion-a-la-democracia-en-amrica-latina-0>>. Acesso em: 2 jul. 2019.

³³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trota, 1998, p. 150.

y solamente se consideran como tales las presentadas en la Audiencia de juicio, aunque la fracción III del apartado B del artículo 20 constitucional establezca que la Ley marcará los casos de excepción para admitir en juicio la prueba anticipada.

La prueba deja de encontrarse dispersa en varios escenarios procesales para ser practicada de manera concentrada en juicio oral con todas las garantías procesales. El artículo 8º del Código nacional de procedimientos penales determina que las audiencias se desarrollarán preferentemente en un mismo día, o en días consecutivos, hasta su conclusión. Según este principio, no se pueden valorar las pruebas que no se desahogaron en juicio, razón por la cual las pruebas presentadas ante el Ministerio Público en el sistema acusatorio no tienen validez, si no son introducidas en juicio aunque la Suprema Corte de Justicia ha argumentado que las diligencias más importantes del proceso son desahogadas en sede ministerial por ser las más inmediatas al hecho, por lo cual, no dan lugar a aleccionamiento.

El principio de continuidad se encuentra en el artículo 7º del Código Nacional de Procedimientos Penales, determinando que las audiencias se deberán llevar a cabo de manera continua, sucesiva y secuencial, salvo algunas excepciones previstas en el mismo. Si no fuere posible realizar el debate en un solo día, este continuará durante los días “consecutivos” que fueren necesarios, hasta su conclusión; es decir, las Audiencias se desarrollarán de manera sucesiva e inmediata también con el fin de asegurar el seguimiento por parte del Juzgador. La continuidad se interrumpe con la suspensión de la Audiencia, por lo que dicha suspensión se realizará sólo en casos excepcionales, expresamente señalados en el propio código en su artículo 351.

Otro principio importante dentro del Sistema que, si bien es cierto no se encuentra contenido en el inciso A), que debemos incluir, es el reconocimiento de los derechos de la defensa. Se reconoce la defensa “adecuada” al suprimirse la figura de “persona de confianza”, exigiendo la defensa por abogados titulados, es decir, garantizando una defensa de calidad.

Como se ha señalado, los principios procesales evidencian un incremento de los derechos procesales de los imputados, garantizándoles un juicio y sanción justa. En cuanto a los derechos de las víctimas, el reconocimiento de sus derechos fue más tardío, teniendo como fundamento la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder de 1985.

Salvo el régimen de delincuencia organizada, la reforma Constitucional de 2008 contiene casi todos los derechos al debido proceso legal o de tutela judicial efectiva establecidos en los instrumentos internacionales a los que México se ha adherido.

CONCLUSIONES

Podemos concluir que sólo un juicio con estas características puede garantizar, en mínimas condiciones, la protección de los derechos humanos de los sujetos implicados y su bienestar. Por lo cual, se debe garantizar el cumplimiento de dichos principios en donde el juez resuelva oral y públicamente de manera directa y no a través de la delegación de funciones, exclusivamente desde el debate, garantizando la defensa de ambas partes y un control de tiempo a través de la concentración. Si esto se logra, a decir de Alberto Binder³⁴, se garantizarán los principios como ejes centrales del proceso de reforma; es decir: la verdadera reforma judicial requiere de cambios estructurales, además de transformaciones normativas e institucionales.

Justicia penal y derechos humanos tienen, entonces, un ligue indisoluble; las reformas aludidas han dejado claro que las transformaciones al sistema de justicia penal no pueden tener otro referente que el de los derechos humanos; una justicia penal que ha dado, entonces, pasos agigantados hacia su consolidación democrática. Andar, sin embargo, lleno aún de obstáculos difíciles de librar, cuando la realidad nos recuerda, que las inercias de la vida moderna y la complejidad de las relaciones sociales hacen, del anhelo de una vida en paz y de normalidad democrática, un reto complejo de alcanzar.

Abatir la impunidad, disminuir la incidencia delictiva, pero también la cifra negra de la criminalidad, disminuir las violaciones a derechos humanos en el despliegue punitivo, lograr la sanción a servidores públicos que violenten la ley y los derechos fundamentales, reparar a las víctimas de los delitos y a las de violaciones a derechos humanos de manera integral, construir políticas de la criminalidad preventivas, más que reactivas o represivas, y encontrar e instrumentar verdaderas alternativas para una justicia penal hoy colapsada, son, sin duda, los

³⁴ BINDER, Alberto. *Justicia penal en la transición democrática en américa latina*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005, p. 9. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-justicia-penal-en-la-transicion-a-la-democracia-en-amrica-latina-0>>. Acesso em: 2 jul. 2019.

principales retos a los que se enfrentan, tanto estudiosos de las ciencias penales, como los operadores de la justicia penal.

Por décadas, sin embargo, se han repetido hasta el cansancio no sólo las mismas formas de reaccionar al delito, merced a que seguimos trabajando las mismas definiciones y creyendo en las mismas alternativas. Las reformas aludidas suponen, sí, un primer paso para abandonar aquellos paradigmas que tanto han dañado a quienes de muy diversas formas, directa o indirectamente, han entrado en contacto con la justicia penal; pero quedan, sin embargo, muchos retos por delante, retos que deben ser asumidos desde otros ámbitos y espacios sociales, como el académico. Se siguen enseñando aquellas fórmulas y apostándosele a las mismas políticas; la propia reforma de 2008 dejó, contradictoriamente, un capítulo represivo para ciertas formas de criminalidad, que evidencia con certeza que no se le apuesta del todo a alternativas democráticas viables para el alcance de aquellos retos comentados en el párrafo inmediato anterior.

Los retos exigen alternativas nuevas, innovadoras, atrevidas y, por tanto, reales, no un refrito de lo que, como mito, se ha afianzado en prácticamente dos siglos carentes de imaginación para la reacción ante el delito. Las variables represivas no pueden ser la única apuesta al combate a la criminalidad; si en dos siglos de derecho penal moderno no han funcionado, no se tiene razón suficiente para creer que ahora sí van a funcionar; este tipo de política criminal se ha ensañado desde siempre con los grupos más vulnerables, con quienes se encuentran en indefensión, con los pobres y los marginados.

111

REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai. *Breves comentarios sobre la reforma judicial en América Latina*. Lima: Editorial Palestra, 2010.

AMBOS, Kai. *El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento por comprender su significado actual desde una perspectiva histórica*. Lima: Editorial Palestra, 2010.

BECCARIA, César. *De los delitos y de las penas*. Edición del Fondo de Cultura Económica, tomado de la traducción de Juan Antonio de las Casas de 1774. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

BINDER, Alberto. *Justicia penal en la transición democrática en América Latina*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, et. al., *El pensamiento criminológico II. Estado y control*. Bogotá: Editorial Temis, 1983.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruíz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

FREEDOM HOUSE. *Freedom in the world 2015*. Disponível em: <<https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2015#.XShxxpMzbaY>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, *Justicia penal, derechos y garantías*. Lima; Bogotá: Editorial Palestra; Temis, 2007.

IMAGINA MÉXICO. *Ranking de felicidad en México 2012: ¿En qué municipios viven con mayor calidad de vida los mexicanos?* México, 2012.

ORTÍZ ORTÍZ, Serafín. *Sistema penal preventivo en sistema de justicia penal y nuevas formas de observar la cuestión criminal*, INACIPE, 2015.

PAVARINI, Massimo. *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. 8. ed. México: Siglo XXI editores, 2003.

PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. *Informe sobre desarrollo humano*, 1990. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_1990_es_completo_nostats.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2019.

PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. *Desarrollo Humano: Informe* 1991. p. 51. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_1991_es_completo_nostats.pdf>. Disponível em: 14 jun. 2019.

REFORMA CONSTITUCIONAL DE SEGURIDAD Y JUSTICIA. GUÍA DE CONSULTA, documento editado por el Gobierno Federal para difundir y explicar en qué consistía la reforma a través de un ejercicio comparado del antes y después de la reforma, que ésta era en esencia garantista, sin embargo también se afirma que se fortalecía en la Constitución el régimen especial para la delincuencia organizada, con prácticas más eficaces contra ella, como el arraigo y la extinción de dominio. Disponível em: <<https://docplayer.es/17440602-Reforma-constitucional-de-seguridad-y-justicia.html>>.

RICO, José María. *Transición democrática y justicia penal en América latina*. Mexico: Siglo XXI editores, 1997.

SÁNCHEZ, Jordi. El estado de bienestar. In: CAMINAL BADIA, Miguel (Coord.). *Manual de ciencia política*. Madrid: Ed. Tecnos, 1996.

ZAMORA, José. *Justicia penal y derechos fundamentales*. México: CNDH, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. México: Ediciones Coyoacán, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal*. México: Cárdenas Editores, 1986.

ZAITCH, Damián; SAGARDUY, Ramiro. La criminología crítica y la construcción del delito. *Delito y Sociedad*, a. 1, n. 2, Septiembre de 1992, p. 31-52.

Submissão: 21/07/2019

Aceito para Publicação: 25/07/2019

