

HACIA UNA REFORMA DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN MÉXICO Y AGUASCALIENTES

José Luis Eloy MORALES BRAND*

Solamente quien construye el futuro tiene derecho a juzgar el pasado.

Friedrich NIETZSCHE

SUMARIO: I. Introducción. II. El sistema de justicia penal en México y Aguascalientes. III. Garantías a las que se sujeta nuestro sistema de justicia penal. IV. Realidad de nuestro sistema de justicia penal. V. A manera de conclusión. VI. Fuentes.

I. INTRODUCCIÓN

Bajo el argumento del contrato social, y en consecuencia de las graves contradicciones sociales provocadas por el surgimiento de la propiedad privada, la comunidad se reúne para formar un solo ente que le permita dirigir sus destinos para desarrollarse de manera plena.

Así, el Estado surge al mismo tiempo que el derecho, ya que éste es el que lo regula, dándose las normas necesarias para cumplir sus fines; pero, ¿esos objetivos son los que en verdad se pugnan dentro de las instituciones?, pues si en verdad se busca el bienestar social, la prestación de los servicios públicos, y el desarrollo individual, basta dar una mirada a cualquier nación del mundo, donde siguen imperando los problemas de pobreza, desnutrición, falta de servicios y abuso de poder.

* Candidato a doctor en derecho penal por la Universidad de Sevilla, España; catedrático de Derecho penal en las Universidades Cuauhtémoc, Bonaterra y Autónoma de Aguascalientes, México.

El control social deriva del concepto de Estado, como ente organizado para lograr el beneficio social, por lo que es necesario imponer ciertos límites al ejercitar nuestra libertad para evitar conflictos; son los procesos sociales destinados a inducir conformidad social para alcanzar las metas y fines del ser humano.¹

El control social lo ejercen todos y cada uno de los organismos o instituciones que tienen influencia en la forma de actuar de cada uno de nosotros (familia, escuela, religión, medios de comunicación, Estado, etcétera). El control social puede ser informal o formal; en ambos se pretende el beneficio social; en el primero el control se ejerce de manera difusa mediante diversas acciones instrumentadas por varias instituciones sociales, lo que se acepta por necesidad o convicción conforme a nuestro sistema cultural o de valores; el segundo debe aceptarse conforme a la solidaridad ciudadana, pero en caso de que algún individuo no se ajuste y cause conflicto, existen medios legales que pueden exigirle el comportamiento adecuado; se trata de las instituciones formales de gobierno (policía, derecho penal).

Los mecanismos de control social no tienen por objeto eliminar las conductas desviadas, sino limitar sus consecuencias e impedir que se propaguen; buscan el ajustamiento a las tensiones, que pueden dar origen a una motivación desviada. Ayudan a ordenar las diferentes actividades y relaciones de manera que constituyan un sistema coordinado que pueda manejar la persona para evitar conflictos sociales.

El Estado se transforma, y en cada modelo político se producen nuevas justificaciones de los medios de control social formalizados; el sistema de la política produce los medios que necesita o quiere para cumplir con los fines de quienes detentan el poder; así la función de los medios de control social formalizados depende de la función que se atribuya al Estado.

El Estado para mantener su poder político y económico, establece medios de control social tendientes a lograr el desarrollo de la comunidad y evitar la consumación del delito; esto se logra a través de la participación activa de la sociedad y, por otro lado, una vez que no se pudo lograr la prevención, entonces la autoridad se verá en la necesidad de reprimirla a través de mecanismos punitivos.

De los sistemas de control social, el que nos interesa es el derecho penal, que opera sólo en el caso de afectar la conducta exterior del sujeto a través de la coerción y la amenaza legal para impedir ciertas acciones o disuadir al probable actor de realizarlas; es el sistema de control

¹ Morales Brand, José Luis Eloy, *Nuevo curso de la parte general del derecho penal*, México, Editorial del Poder Judicial del Estado de Aguascalientes, 2005, p. 45.

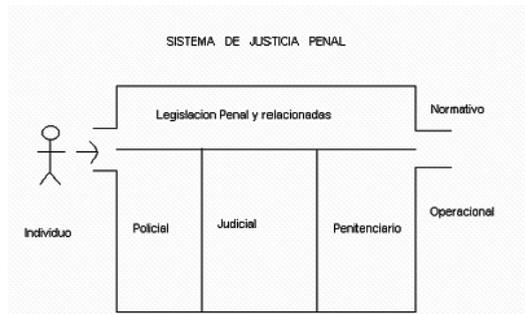
social punitivo institucionalizado, como medio jurídico mediante el cual el Estado puede lograr la atenuación de las conductas desviadas con la aplicación de penas.

II. EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN MÉXICO Y AGUASCALIENTES

Un sistema es un conjunto de actividades organizadas de ciertos sujetos que pretenden lograr un fin; sus elementos son: la presencia de un conjunto de componentes; existencia de relaciones, y su organización dentro de una estructura coherente que logra el funcionamiento de sus componentes.

El sistema jurídico sirve para integrar a los sujetos o bien contrarrestar las conductas que alteran el funcionamiento social, tratando de restaurar el equilibrio de la sociedad mediante mecanismos de control social institucionalizados para prevenir las desviaciones; así, una de las facetas del control social formal se ejerce mediante el sistema de justicia penal que tiene como objetivo la protección de la convivencia de los seres humanos en la comunidad mediante la represión de la criminalidad, es decir, trata de resolver los conflictos sociales.

Este sistema² se integra por un sector normativo o legislativo, y un sector operativo, que se refiere a las acciones realizadas por los subsistemas de procuración de justicia, integrado por el sector policial que preside el Ministerio Público; el de administración de justicia, que incluye el jurisdiccional dirigido por el juez, y el de ejecución de sanciones o sector penitenciario que está a cargo de la autoridad ejecutora. Es un todo, debe ser funcional, pues el comportamiento humano no admite segmentación, y puede ser representado de la siguiente manera:



² Zamora Grant, José, *La víctima en el sistema penal mexicano*, México, INACIPE. México, 2002, p. 114.

Si siguiendo este orden de ideas, podemos señalar que el sistema de justicia penal mexicano se integra de la siguiente forma.³

1. *El sector normativo*

Se conforma por el cúmulo de leyes (sustantivas —define los bienes jurídicos merecedores de protección— y adjetivas —establece los procedimientos para la determinación de la responsabilidad y la aplicación de una pena—) que contiene todas y cada una de las disposiciones observadas de manera obligatoria en el Estado, relacionadas con el derecho punitivo (Constitución federal, Código Penal Federal y de Procedimientos Penales, Ley Federal de Readaptación Social, Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, Ley de Amparo, Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; en el orden jurídico del estado de Aguascalientes su Constitución local, Código Penal y Procesal Penal del Estado o nueva legislación penal, Ley de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado, Ley de Vialidad, Bandos de Policía y Buen Gobierno, etcétera).

2. *El sector operativo*

A. *El subsector policial*

El subsector policial, no se refiere en sí a la policía preventiva y/o estatal, sino a aquella entidad de la administración pública, dependiente del Poder Ejecutivo, que se encarga de la investigación de los delitos, ubicación y explicación de las conductas desviadas; es decir, el Ministerio Público, quien propondrá al juez que determinada conducta sea calificada como delito y su autor como delincuente. Es la primera institución que enfrenta el conflicto criminal y se auxilia de los cuerpos policíacos para reprimir los comportamientos valorados como transgresores de los bienes fundamentales del hombre (policía ministerial, preventiva y tránsito).

En los artículos 21 y 102, apartado A, constitucionales, y 59 y 60 de la Constitución del Estado de Aguascalientes, encontramos la regulación del derecho persecutorio, es decir, el ejercicio de la acción penal, y su preparación de manera lógica y jurídica; el conocimiento de los delitos y el procesamiento de sus autores se encuentra sujeto a una doble condición: que el Estado asuma, excluyendo al particular, la facultad de juz-

³ Morales Brand, José Luis Eloy, *op. cit.*, nota 1, p. 48.

gar y sancionar si procediera; además, que exista un organismo público al que se encomiende poner en movimiento los medios punitivos del Estado.⁴ Así, en la actualidad, conforme a los numerales mencionados, la autoridad investigadora de delitos en México es el Ministerio Público, siendo una institución técnica y de buena fe; recibe denuncias y querrelas, y sólo ésta puede excitar a la autoridad judicial, al reservársele la facultad de ejercitar la acción penal; dicha organización depende del Poder Ejecutivo, a pesar de que el segundo dispositivo legal referido esté ubicado constitucionalmente en el apartado referente al Poder Judicial.

La reserva de la acusación y el ejercicio de la acción penal, enmarca otras potestades de su exclusividad para la integración funcional de la persecución delictiva; así, compete al Ministerio Público, con exclusión de cualquier otra persona o autoridad, llevar a cabo la investigación del hecho punible y de las personas que pudieran ser responsables del mismo; en esa averiguación inicial de hechos, la institución puede auxiliarse de otras autoridades, sin que esto implique la delegación de la facultad persecutoria. El Ministerio Público al integrar la averiguación previa actúa como autoridad, y una vez ejercitada la acción penal se convierte en sujeto procesal.

La naturaleza del Ministerio Público, comprometido con la legalidad y no con la acusación a toda costa, le confiere características propias en su desempeño como sujeto procesal; es imparcial, pues le interesa la aplicación objetiva y puntual de la ley, que sanciona al culpable y protege al inocente; así, se encuentra vinculado con la ley, en su carácter de organismo público, responsable de su cumplimiento. En este orden de ideas, no podemos decir que es parte en el proceso penal, sino un sujeto procesal interesado en averiguar, no sólo las circunstancias y los hechos que hablen en contra del inculcado, sino también aquellos que estén a su favor.⁵

De acuerdo a lo expuesto con anterioridad, una persona no puede ser acusada sino por una autoridad especial, la cual es el Ministerio Público, por lo que el juez no podrá actuar en el esclarecimiento del delito y la responsabilidad penal de su autor sino existe acusación de este órgano estatal, y el ofendido por el delito debe acudir ante él para que se investigue el hecho antisocial y al autor del mismo, y así lograr se le imparta justicia de manera pronta y expedita.

4 Morales Brand, José Luis Eloy, *El artículo 21 constitucional, ¿seguridad jurídica en el ejercicio de la acción penal?*, México, Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2002, p. 25.

5 *Idem.*

B. El subsector jurisdiccional

En el subsector jurisdiccional, hablamos del Poder Judicial, es decir, de la autoridad encargada de la aplicación de la norma al caso concreto, los jueces tienen la obligación de declarar el derecho con motivo de la comisión de un hecho presuntamente delictivo; se valoran los hechos y determinan si se dio el delito y la culpabilidad del individuo; tiene una función netamente garantista, pues es aquella que impondrá las penas al acusado.

El Poder Judicial es aquel que, por mandato constitucional, se encarga de la resolución de conflictos sobre la aplicación de las leyes; es el responsable de interpretarlas y decidir quien tiene derecho cuando una parte le exige a otra el cumplimiento de una obligación, o cuando se suscitan problemas entre las autoridades y los ciudadanos, incluso entre las propias autoridades;⁶ es el Poder encargado de administrar justicia de manera pronta, completa e imparcial, conforme a lo dispuesto por los artículos 17, 41, 49 y 94 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos.

Conforme al artículo 94 constitucional, el ejercicio del Poder Judicial de la Federación se encuentra depositado en una Suprema Corte de Justicia, un Tribunal Electoral, en tribunales colegiados y unitarios de Circuito y en juzgados de Distrito; además, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la administración, vigilancia y disciplina de dicho Poder Judicial federal se encuentra a cargo del Consejo de la Judicatura Federal.

En cuanto al Sistema de Justicia Penal del Estado, contamos con que, de acuerdo a los artículos 51 y 52 de la constitución local, 1o. 17 y 41 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de Aguascalientes, ésta función se integra por el Supremo Tribunal de Justicia, el Tribunal Electoral, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Juzgados de Primera Instancia, Civiles y Penales, Mixtos de Primera Instancia, Familiares y Mixtos Menores, el Consejo de la Judicatura Estatal, el Instituto de Capacitación y la Contraloría Interna.

C. El subsector penitenciario

Este sector se identifica con la autoridad administrativa integrante del Poder Ejecutivo a la que le corresponde organizar el sistema de ejecución de las penas impuestas, orientado al logro de la readaptación social del sujeto que cometió el delito; el Estado tiene la obligación, tanto de

⁶ *Ibidem*, p. 41.

sancionar al sujeto que lesiona un bien tutelado, como la de otorgarle los medios para su reintegración a la sociedad; su función entonces será la terapéutica. Mediante esta instancia⁷ del sistema penal, se da cumplimiento a las penas impuestas por el Poder Judicial.

En este subsector se entiende que la pena es la real privación o restricción de bienes del autor del delito, que lleva a cabo el órgano ejecutivo para prevención y resocialización; aquí se hace efectiva la pena, se priva o restringe realmente el bien del delincuente; donde debe de cumplir tan sólo con la pena impuesta, y no puede excederse la privación de sus derechos, so pretexto de falta de readaptación según la fracción X del apartado A del artículo 20 constitucional.

III. GARANTÍAS A LAS QUE SE SUJETA NUESTRO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

1. *El garantismo*

El garantismo en un Estado constitucional de derecho constituye el reconocimiento, por parte de ese ente, de la supremacía de los derechos humanos de sus ciudadanos y del derecho en todos los ámbitos de su actuación; sus acciones e instituciones se sujetarán invariablemente a la ley.

El concepto de garantía en derecho público tiene relación con diversos tipos de seguridades o protecciones a favor de los gobernados dentro de un Estado constitucional de derecho, entendiéndolo como una entidad política estructurada y organizada jurídicamente en que la actividad del gobierno está sometida a normas preestablecidas que tienen como base de sustentación el orden constitucional,⁸ es decir, que la actuación de la autoridad está limitada en su ley fundamental. Bajo este punto de vista las garantías individuales implican lo que se ha entendido por derechos del gobernado frente al poder público, pero no se les debe confundir con los derechos fundamentales del hombre, por lo que debemos clarificar esta cuestión.

Los derechos subjetivos⁹ son expectativas positivas —de prestación— o negativas —de que no se lesione—, las cuales se atribuyen a un sujeto por una norma jurídica; y por otro lado, las garantías son los

⁷ Zamora Grant, José, *op. cit.*, nota 2, p. 128.

⁸ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Diccionario de derecho constitucional, garantías y amparo*, 6a. ed., México, Porrúa, 2000, p. 181.

⁹ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, España, Editorial Trotta, 1999, p. 37.

deberes correspondientes a esos derechos, que igualmente se establecen en una norma jurídica, y se traducen en obligaciones o prohibiciones relativas a restringir de manera indebida el goce del derecho —garantías primarias— que si llegan a violarse generan otras obligaciones de sanción o anulación de tales infracciones. La garantía es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo; el neologismo garantismo se refiere a las técnicas de tutela de los derechos fundamentales.

Así, más allá de su proclamación constitucional, un derecho no garantizado no es un verdadero derecho; por lo que podemos definir a la garantía individual como el correspondiente deber jurídico establecido a una persona para que respete el goce del derecho subjetivo de otro y no lo restrinja de manera ilegal, y que en caso de no observar ese deber jurídico, la garantía se traduce en la aplicación de la sanción o anulación de la infracción, como medio de protección jurídico. La garantía individual es la institución que asegura a la persona el goce de su derecho subjetivo reconocido por la norma jurídica.

Para una mejor explicación, considero prudente el mencionar qué se entiende por derechos fundamentales, y retomando las palabras del maestro Luigi Ferrajoli,¹⁰ éstos son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, es decir, todas aquellas atribuciones que forman parte de la dignidad del ser humano para su realización integral; estos derechos no siempre han estado presentes en toda la historia humana; Norberto Bobbio refiere que los mismos tienen una edad, son producto de su tiempo y de las necesidades concretas que desarrollan las sociedades y los individuos en coordenadas espaciales y temporales plenamente determinadas; así, esos derechos se fueron reconociendo jurídicamente por las demandas garantistas de los ciudadanos, pero los mismos se fueron depurando por la sola condición de dignidad del ser humano.

Los derechos fundamentales son universales, es decir, se expresan por la cuantificación universal de los tipos de sujetos que son titulares de los mismos y que configuran sus rasgos estructurales, lo que se traduce en sus caracteres de inalienables e indisponible en sus intereses sustanciales, los cuales coinciden con las necesidades de cuya garantía dependen la vida, la supervivencia, la igualdad y la dignidad de los seres humanos, que han sido logrados a base de luchas y movimientos revolucionarios; estos derechos corresponden a todos los seres humanos.

¹⁰ *Ibidem*, p. 37.

Para salvaguardarlos, es necesaria su estipulación como derechos subjetivos públicos en las normas constitucionales; estos derechos subjetivos son las expectativas positivas o negativas adscritas a un sujeto por una norma jurídica, y su *status* es la condición como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y autor de los eventos que se deriven del ejercicio de éstas. Así, el derecho fundamental precede a la Constitución, pero el subjetivo público deriva de la misma, ya que es la facultad derivada de la norma donde se reconoce el derecho y que puede hacerse valer frente al Estado para que el mismo otorgue las garantías individuales, como deberes correspondientes a esos derechos, que igualmente han sido sancionados por la norma jurídica constitucional, y se traducen en obligaciones o prohibiciones relativas a restringir de manera indebida el goce de los mismos, y si llegan a violarse, generen otras obligaciones de sanción o anulación de tales vulneraciones.

Esto lo observamos claramente en las variadas reformas constitucionales que pretenden adecuar el marco jurídico a una realidad cambiante que me obliga a afirmar que el derecho es un producto cultural, y como tal debe adecuarse e interpretarse acorde a todo ese conjunto de modos de vivir, costumbres, conocimientos y grados de desarrollo en una época y grupo social determinado; así, esas sociedades reconocen y confieren una gran cantidad de derechos fundamentales de sus integrantes, los cuales preceden al ordenamiento jurídico, pero al respetarse y demandar su observancia, el marco normativo retoma esos derechos y reconoce las facultades que se derivan de aquellos (derechos subjetivos públicos) y las medidas de su aseguramiento (garantías individuales).

2. El garantismo penal en nuestro sistema de justicia penal

Nuestro garantismo constitucional se traduce en la tutela de aquellos valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, aun contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador de los mecanismos de control social formalizados, entre ellos el sistema de justicia penal; la observancia y respeto de las garantías del individuo se traduce en un sistema capaz de someter la intervención punitiva y no punitiva del Estado a rígidos límites impuestos en defensa de los derechos de la persona.

El garantismo penal implica el reconocimiento y respeto de la dignidad humana de todo involucrado en un delito —inculcado, víctima, sociedad— y acerca la posibilidad de una justicia penal en que gocen del pleno respeto a sus derechos fundamentales; se basa en el derecho penal mínimo que consiste en buscar la mínima intervención penal, donde

la pena debe ser utilizada sólo si se prueba que no existen otros mecanismos diferentes al penal para contestar las amenazas a los derechos humanos.

El garantismo opera tanto en el plano sustantivo como adjetivo, y asimismo preventivo del derecho penal, ya que busca la prevención general del delito y de las penas arbitrarias o desproporcionadas; sólo será criminalizable y objeto de pena las graves violaciones de derechos humanos.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece los principios básicos¹¹ que deben regir en el derecho penal, que son capaces de señalar un camino razonable, y a la vez humano, para el tratamiento de las conductas sociales desviadas; su observancia reducirá la violencia estatal y evitará la violencia privada.

Los relativos a las garantías penales sustanciales son:

1) De legalidad (*nullum crimen sine lege*; párrafo tercero del artículo 14 constitucional), desde dos vertientes:

En sentido amplio, común a todo ordenamiento jurídico, equivale a la descripción previa del comportamiento para poder ser penado; establecimiento de las conductas que deben sancionarse para mantener el orden; y

En sentido restringido o estricto comprende dos partes: una la ley penal confeccionada por el legislador ordinario (reserva absoluta–convencionalismo penal); y otra, la ley penal definida plenamente, en forma clara, indudable y unívoca.

Aquí encontramos el subprincipio de prohibición de analogía, es decir, que no puede imponerse una pena si el comportamiento no está descrito previamente pero es parecida a otra conducta que si tiene sanción. Este principio será explicado ampliamente más adelante.

2) De necesidad o de intervención mínima (*nulla lex poenalis sine necessitate*; artículos 14, 17, 21, 50 y 71 constitucionales), comprende dos aspectos:

- *Imposición* de las penas mínimas necesarias; y
- *Máxima economía* en la configuración de los delitos, es decir, elevar a la categoría de hecho punible sólo que en realidad sea grave, provoque mayor inseguridad pública y que se reconozca como incontrolable de otra manera. El soporte es de fácil percepción: como el derecho penal es la forma de reacción más severa, este principio

¹¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, 4a. ed., España, Trotta, 2002, p. 93.

implica que las leyes se hagan, y se acuda a ellas sólo como último remedio en la solución de conflictos.

3) De lesividad u ofensividad del acto (*nulla necessitas sine iniuria*; apartado B del artículo 20 y artículo 21 constitucionales), que sólo sea delictiva aquella conducta que en realidad cause un daño a un bien jurídico, material o formalmente hablando.

4) De materialidad o exterioridad de la acción —conducta— (*nulla iniuria sine actione*; artículos 6o. y 14 constitucionales), requerimos de la presencia humana una conducta voluntaria y razonable; imposibilidad de sancionar las simples ideas, deseos o finalidades. Para que el comportamiento sea punible se requiere la traslación del pensamiento al mundo perceptible o sensorial.

5) De culpabilidad o responsabilidad personal (*nulla actio sine culpa*; artículos 16, 19 y 20, apartado A, fracción II), comprende:

- Relación del comportamiento objetivo con el aspecto interno del hombre; toda conducta tiene metas y fines; ninguna responsabilidad puede emanar de las características personales del autor y tampoco puede surgir de la personalidad social, sino del hecho que realizó (culpabilidad de hecho contra culpabilidad de autor); y
- Responsabilidad penal individual; la pena solamente se aplica al autor del hecho.

En lo relativo al proceso las garantías procesales y orgánicas, es decir, del mecanismo por medio del cual llegaremos a imponer una pena, continúa con los siguientes principios.

6) De la jurisdiccionalidad (*nulla culpa sine iudicio*; artículos 13, 14, 16, 17, 21 y 102, apartado A, constitucionales).

En el sentido amplio. Se refiere a tres garantías fundamentales tutelables en cualquier tipo de proceso, sea inquisitivo, sea acusatorio:

— *Habeas corpus* o protección de los derechos del individuo frente a las conductas autoritarias del Estado que puedan lesionarlo;

— *Juicio legal*. Lo dirige una persona autónoma, imparcial e independiente, y previamente establecida. La denominada reserva de jurisdicción; proclama la independencia interna y externa de la judicatura; único que puede calificar a la persona como culpable; y

— *Presunción de inocencia* o imposibilidad de tratar a una persona definitivamente como responsable antes de la terminación de un proceso legal.

En sentido estricto. Implica adopción del modelo acusatorio dentro del proceso penal, con todas sus garantías, como se verá a continuación.

7) Principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación (*nullum iudicium sine accusatione*; artículos 20, 21 y 102, apartado A, constitucionales), o proceso penal en el que principalmente exista clara separación entre acusación y juzgamiento, haya paridad entre acusación y defensa, y el juicio sea público y oral. La autoridad acusadora es aquella que debe solicitarle al juez que califique la culpabilidad del sujeto.

8) De la carga de la prueba o de verificación (*nulla accusatio sine probatione*; artículos 20, apartado A, fracción II, 21 y 102, constitucionales), demostrar la conducta desviada; se deposita en el Estado, concretamente a quien tiene la tarea de acusar.

9) Derecho del contradictorio, de defensa o refutación (*nulla probatio sine defensione*; artículos, 14, 16 y 20, apartado A, fracciones II, III, IV, V, VII y IX), o necesidad de enfrentar la acusación en igualdad de condiciones y con posibilidad de conocer y contradecir toda prueba de imputación.

10) De retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito (*nulla poena sine crimine retribución*; artículos 14, 18, 20, apartado A, fracción X y 22, constitucionales), como consecuencia de un hecho reprochable procede la imposición de una pena; en la sentencia se establece la existencia del delito, una vez que han sido observados todos los principios anteriores.

Estos principios garantistas constitucionales, son acordes al contenido de los tratados internacionales en materia de derechos humanos que han sido firmados y ratificados por nuestro país,¹² concretamente la Declaración Universal de los Derechos Humanos de diciembre de 1948 (DU), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del mismo año (DA), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de diciembre de 1966 (PIDCP), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de noviembre de 1969 (CADH), puesto que se establece el respeto a:

- Acceso a la justicia: que se refiere a que el tribunal se encuentre previamente establecido por la ley (artículo 14.1, PIDCP y 8.1, CADH) y sea independiente e imparcial (artículo 10 DU; artículo 14.1, PIDC; artículo 8.1, CADH); el juicio sea público y no secreto (artículo 10, DU; artículo 14.1, PIDCP), excepción en caso de meno-

¹² Pásara, Luis, "Las normas de derechos humanos de origen internacional y el orden interno", Cuadernos de la Judicatura Poder Judicial del Estado de Zacatecas, México, 2005, pp. 39 y ss.

res, matrimonio, o por cuestiones de moral, orden público o seguridad nacional, y sobretodo en la vida privada de las partes; el proceso se lleve dentro de un plazo razonable (artículo 8.1, CADH); y las personas sean tratados en un plano de igualdad (artículo XVIII, DA; artículo 8.1, CADH; artículo 10, DU), concretamente que los criterios utilizados para resolver el caso sean los mismos para cualquiera de las partes.

La legislación penal para el estado de Aguascalientes establece la garantía del tribunal previo e independiente en los artículos 140, 141 y 142; la publicidad del proceso en el artículo 277 con la excepción en el numeral 311 que hace la averiguación previa secreta para terceros extraños; el plazo razonable en los numerales 219 y 340 el trato igualitario en los artículos 1o. y 122.

- Presunción de inocencia y principio de legalidad: toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad (artículo 11.1, DU; artículo 14.2, PIDCP; artículo XXVI, DA); lo que implica que la carga de la prueba corresponde al acusador, y que además exista prueba suficiente para condenar. El principio de legalidad implica que nadie puede ser condenado por hechos que en el momento de ejecutarse no fueran delictivos, y que no puede imponerse pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del ilícito (artículo 11.2, DU; artículo 15.1, PIDCP; artículo 9o., CADH).

En la legislación penal de Aguascalientes, la presunción de inocencia se contiene en el tercer párrafo del artículo 192 y el principio de legalidad en los numerales 2 y 123.

- Prohibición de prueba ilícita: implica que carece de validez toda aquella prueba que haya sido obtenida por medios ilegítimos (artículos 8.2 y 8.3, CADH; artículo 14.3, PIDCP).

Esta prohibición se previene en los artículos 189, 192, 378 y 379 de la legislación penal de nuestro estado.

- Derecho a defenderse: es irrenunciable (artículo 8.2. e, CADH) y consiste en estar presente en el proceso (artículo 14.3 d, PIDCP), comunicarle al inculpado, en forma previa y detallada, la acusación formulada en su contra (artículo 8.2. b, CADH; artículo 14.3 a, PIDCP); se le aseguren todos los medios necesarios para su defensa, por sí o por medio de defensor (artículo 11.1, DU; artículo 14.3 b y d, PIDCP; artículo 8.2 c, CADH); interrogar a los testigos y hacer comparecer a los suyos (artículo 8.2 f, CADH; artículo 14.3 e, PIDCP).

En nuestra legislación penal se establece lo irrenunciable de la defensa en el artículo 194, la presencia necesaria del acusado en el ar-

título 186; la comunicación de la acusación y el aseguramiento de su defensa en los numerales 188, 189, 195, 196, 213 y 214.

- Publicidad del proceso: el juicio debe ser público (artículo 11. 1 DU; artículo 8.5 CADH) "salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia"; el límite sólo es la vida privada de las partes e intereses de menores de edad (artículo 14.1, PIDCP); se prohíben las penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes (artículo XXVI, DA).

Como dijimos, la publicidad en el proceso se establece en el artículo 277 con la excepción en el numeral 311 que hace la averiguación previa secreta para terceros extraños.

- Derecho a recurrir, a no ser juzgado dos veces por el mismo delito, y recibir indemnización por error judicial: el inculpado tiene el derecho a que la sentencia sea revisada por otro tribunal superior (artículo 8.2 h, CADH; artículo 14.5, PIDCP); a que no sea juzgado dos veces por los mismos hechos punibles, cuando fue absuelto o condenado con anterioridad (artículo 14.7, PIDCP; artículo 8.4, CADH); y el error judicial comprobado da lugar a una reparación pecuniaria por parte del Estado (artículo 10, CADH; artículo 14.6, PIDCP).

En nuestra legislación penal, el derecho a recurrir se establece en el artículo 456; el principio de *non bis in idem* en el numeral 193; y la indemnización por el error judicial en los artículos.536 a 541.

- Establecimiento de un recurso extraordinario para combatir las lesiones a derechos fundamentales: medio por el cual el perjudicado por un acto de autoridad pueda acudir ante el sistema judicial para que reestablezca sus derechos (artículos 1o. y XVIII, DA; artículos 3o. y 8o., DU; artículos 2.3, 9.1 y 9.4, PIDCP; artículos 7o., 7.6 y 25.1, CADH).

En el sistema de justicia penal de Aguascalientes contamos con el juicio de amparo indirecto; y el recurso extraordinario de exhibición de persona a cargo de la Comisión Estatal de los Derechos Humanos.

IV. REALIDAD DE NUESTRO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

Los sistemas procesales penales que han existido,¹³ son el inquisitivo (donde el proceso es secreto, escrito, y el inculpado tiene nula la posibilidad de defenderse), el acusatorio (donde el procedimiento es público,

¹³ Sosa y Fernández, *Juicio oral en el proceso penal*, Argentina, Astrea, 1994, pp. 2 y 3.

oral y el inculpaado cuenta con igualdad frente al acusador y con amplias facultades de defensa, limitando la arbitrariedad de las autoridades), y el mixto (que combina las características de los anteriores).

De acuerdo a los elementos de esos sistemas procesales (inquisitivo, acusatorio y mixto), nos damos cuenta que en nuestros sistemas de justicia penal, tanto en México como en el estado de Aguascalientes, la tendencia o modelo seguido, en la teoría, es el acusatorio; aunque en la realidad no es más que una modalidad disfrazada de un sistema inquisitivo, que se evidencia con más fuerza y claridad en el periodo de la averiguación previa.

En la Constitución de 1917 se quitó a los jueces la facultad de averiguar y recabar pruebas respecto de los delitos. Se trazaron límites a la autoridad administrativa en el procedimiento penal, para introducir un procedimiento penal de corte acusatorio.

El Ministerio Público y la policía judicial carecían de poderes de instrucción, o de facultad coactiva sobre las personas para fines de instrucción procesal, que únicamente corresponde, según el artículo 20 de la Constitución, a la autoridad judicial; en su función de recabar las pruebas de los delitos, debían limitarse a recabar datos para la construcción de las pruebas por el juez; las diligencias de averiguación previa no tenían el fin de dar certidumbre al Ministerio Público sobre el delito, sino preparar la certidumbre del juez de sentencia. El Ministerio Público no tenía facultades para determinar la eficacia de las pruebas, ni sobre la existencia o no existencia del delito ni de la responsabilidad penal para alguna persona.¹⁴

El artículo 21 constitucional quitó al juez la función persecutoria y se la dio al Ministerio Público. Así, el juez no debía ni podía en forma oficiosa, introducir pruebas ni formular interrogatorios. Ahora bien, este numeral quitó a los jueces la función persecutoria, pero nunca les disminuyó su función jurisdiccional material: todas las pruebas, tanto del Ministerio Público como de la defensa, debían ser ofrecidas y desahogadas ante el juez, y todas las decisiones corresponden exclusivamente a éste. En este sentido, el Ministerio Público tenía el deber de buscar los elementos de convicción, pero no está facultado, constitucionalmente, a desahogar ante sí mismo las pruebas, a recibirse él mismo las pruebas y, mucho menos, a valorarlas.

El Ministerio Público era solamente una parte pública, para alejarse de las funciones del juez instructor; lo que se pretendía era que no se convirtiera en una especie de juez previo, sino que todas las pruebas se pre-

¹⁴ Sarre, Miguel, "La averiguación previa administrativa", *Revista Vínculo Jurídico*, núm. 13, enero-marzo de 1991.

sentaran única y exclusivamente en la audiencia, y la actividad que realizaba carecía de valor previo; podía escuchar a testigos, interrogar, hacer inspecciones oculares y otro tipo de actividades, pero ellas no poseerían valor de prueba, por que el momento y el lugar en el que se desahogarían y valorarían, serían durante la audiencia ante el juzgador. Lo que se buscaba era evitar lo que pesaba antes, es decir, que el mismo órgano buscara las pruebas, las desahogara y las valorara, para que luego el juez les diera el mismo valor inicial sin posibilidad de refutación. La garantía consistía en que fuera el juez quien desahogara las pruebas, de acuerdo al derecho de acceso a la justicia, que implicaba también la garantía del acusado de ser puesto sin demora a disposición de un juez.

A pesar de lo anterior, la mentalidad inquisitiva de tiempos pasados ha mantenido su presencia en la práctica del proceso penal.

En la averiguación previa se repite la desafortunada historia de una autoridad que es juez y parte en el procedimiento; el juez instructor desaparece para sólo cambiar de nombre al de Ministerio Público, que se erige en juez-policía, y que la práctica y los criterios jurisprudenciales lo institucionalizaron en una etapa procesal en la que investiga, desahoga y valora pruebas ante sí mismo.

La averiguación previa, tal y como se lleva a cabo en la actualidad, es una invención posterior, a la cual el Constituyente nunca se refirió; o de lo contrario como se harían valer garantías como la de defensa y de no autoincriminarse, si no existe un juez imparcial que esté sobre las partes; sino que se encuentran frente a una autoridad que en principio es juez y parte en la investigación de los delitos.

Con el transcurso de los años, la función del Ministerio Público se redimensionó, al pasar de responsable de la preparación del ejercicio de la acción penal (a través de la búsqueda de pruebas que posteriormente deberían ser producidas ante el juez, según lo preveían las leyes orgánicas de 1919) a receptor y valorador de las pruebas, facultado para decidir si le consigna el caso al juez y, si lo hace, éste además les concede valor de convicción pleno, no sólo para determinar si el acusado debe ser procesado, sino para dictar su fallo definitivo.¹⁵

Por su incidencia en la libertad y aun en la vida de las personas, el proceso penal es el que ha sido objeto de mayores referencias en la Constitución; como su aplicación práctica es la más propicia a vulnerar los derechos humanos, los Constituyentes procuraron asegurar tales derechos a

¹⁵ *Idem.*

través del establecimiento de prohibiciones a las autoridades y de derechos para las personas que puedan ser sujetas a un enjuiciamiento penal. Sin embargo, las prácticas policíacas, en ocasiones la legislación ordinaria y aun la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, todavía parecen no haberse ajustado plenamente a las orientaciones liberales de los Constituyentes.¹⁶

Pero, ¿por qué se abandonó el procedimiento penal acusatorio establecido en la Constitución de 1917?

La reincorporación de rasgos inquisitivos en nuestro procedimiento penal se favoreció, a pesar de que la Constitución de 1917 implicaba una revolución en materia penal, puesto que ello no ocurrió con la legislación procesal penal, ya que indebidamente se siguieron aplicando los mismos códigos de procedimientos penales inquisitorios del porfiriato hasta el año de 1934, cuando se aprobaron los respectivos ordenamientos adjetivos para el Distrito Federal y para el fuero federal.

Durante este periodo de 17 años el Ministerio Público fue asumiendo las funciones procesales de los antiguos jueces instructores, y esta desviación, en vez de rectificarse, se convalidó en 1934, al establecerse formalmente, tanto dentro del Código Federal de Procedimientos Penales como del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, la etapa de una averiguación previa desarrollada ante el Ministerio Público.¹⁷

Entre otras muchas causas que contribuyeron al nacimiento jurídico de la averiguación previa, fueron importantes las opiniones de varios juristas que se opusieron al procedimiento acusatorio introducido por el Constituyente de 1917; por lo que el sistema inquisitivo sigue funcionando de hecho en nuestra realidad.

La legislación sólo ha provocado una redistribución del papel de los integrantes del sistema de justicia penal: las funciones de los jueces instructores fueron asumidas por el Ministerio Público, y por ello nació la averiguación previa; lo que evidencia un sistema completamente inquisitivo ya que es difícil que el hombre que persigue, conserve su imparcialidad cuando se trata de instruir, y todo inculpado siente miedo al ver en el mismo hombre, la facultad de acusarlos y la de retomar todo lo que pudiese apoyar su acusación.

La averiguación previa es el escenario más frecuente de violaciones graves a los derechos humanos, de manera especial cuando se lleva a cabo “con detenido” cuando, para investigar, el Ministerio Público man-

¹⁶ Fix-Zamudio, Héctor y Ovalle Favela, José, *Derecho procesal*, México, UNAM, 1991, pp. 18 y 19.

¹⁷ Sarre, Miguel, *op. cit.*, nota 14.

tiene al acusado en sus propias celdas, conocidas como “separos”, expresión actual de aquel sistema medieval en donde el acreedor mantenía encerrado al deudor hasta que éste solventara su deuda. La averiguación previa administrativa con detenido frecuentemente se ve precedida por una detención ilegal por mera sospecha, puesto que si hay necesidad de investigar con el acusado privado de su libertad, lo que se pretende es justificar esta detención con el resultado que posteriormente arroje tal averiguación, ya que de haber existido elementos para proceder a su detención, estos miembros serían suficientes para motivar la consignación en forma inmediata. Así la detención ilegal resulta útil para recabar pruebas, y por lo tanto, se ve alentada; puesto que al inculpado se le mantiene incomunicado, con posibilidad de ver a su defensor hasta después de que rinda una declaración, que por lo regular es sacada por medios ilícitos y se traduce en una confesión, que es valorada en su perjuicio, y se le obliga a demostrar los métodos ilegales con los cuales le fue arrancada; y ya con base a esa confesión, se buscan las pruebas que demuestren, no tanto el hecho real, sino el que se deriva de la supuesta confesión del detenido; cobrando aplicación la afirmación de Gustav Radbruch,¹⁸ al precisar que “el que tiene a un acusador por juez, necesita a dios por abogado”.

En la realidad, el funcionamiento efectivo de los ordenamiento penales se observa que la pena es cada vez más una técnica punitiva secundaria; su lugar es ocupado por la prisión preventiva y por el proceso como instrumento espectacular de estigmatización pública; la tradición policial muestra un abanico de medidas de seguridad, de prevención y de orden público o medidas cautelares de policía que se ejercen en forma discrecional y administrativa.

La respuesta contra las desviaciones ha sido el aumento en efectivos policíacos, ejercicio de militares en tareas que constitucionalmente no le han sido asignadas, elevación de las penas a los delitos, violación de derechos humanos y las garantías procesales a los imputados, etcétera.

El énfasis se centra en el combate a toda costa de la delincuencia y el proveer de seguridad a la ciudadanía, por lo que los derechos humanos y garantías individuales han quedado en un segundo término; se permite detener, consignar y en el proceso averiguar, torturar, obtener pruebas de manera ilícita, presumir culpable y peligroso al indiciado; son medios de control social formalizados que funcionan bajo el prejuicio de que el procesado es culpable hasta en tanto no demuestre fehacientemente su inocencia.

¹⁸ Morales Brand, José Luis Eloy, *op. cit.*, nota 4, Introducción.

Se trabaja bajo el *slogan* “cero tolerancia contra la delincuencia”; es decir, actuar con firmeza contra todo agresor de la ley, independientemente de la gravedad de su falta, y las fuerzas responsables de la seguridad del Estado no deben tolerar cualesquiera conductas que afecten el orden.¹⁹

Se acentúa el carácter preventivo y administrativo de la intervención penal, por la extensión de las medidas de policía y de la prisión preventiva en contra del derecho a la presunción de inocencia; existe una creciente discrecionalidad del poder punitivo del Estado, por el carácter vago e indeterminado de los tipos penales; en la práctica, se limitan los derechos de defensa en la fase de averiguación previa,²⁰ pues se niega la expedición de copias de la investigación cuando las solicita el inculpado o su defensor, o también se niega la práctica de pruebas ofrecidas por estos sujetos procesales; se incrementan las decisiones judiciales arbitrarias, debidas, no tanto a malos jueces, sino a técnicas legislativas caracterizadas por un lenguaje confuso, amplio y genérico, basados en el abuso de figuras de delito de formulación elástica o indeterminada; se otorga pleno valor a las diligencias recabadas por el Ministerio Público, siempre y cuando cumplan con los requisitos de ley, e inclusive sirven de base para abrir procedimientos sumarios, siempre y cuando se conforme con el auto de formal prisión decretado con base a tales medios de convicción; así como de premiso de atenuación o agravaciones de la pena, con relación al grado de colaboración prestado por el inculpado al sujeto procesal acusador.²¹

¹⁹ Sobre este tema, se puede consultar el artículo “Alcances y límites de la cero tolerancia”, de Gerardo Laveaga, en la revista *El Mundo del Abogado*, año 5, núm. 48, abril de 2003, p. 20.

²⁰ Existen infinidad de quejas que han sido declaradas fundadas por la Comisión Estatal de Derechos Humanos, y amparos concedidos por el Poder Judicial federal (87/2003 Juzgado Primero de Distrito), en virtud de que los agentes del Ministerio Público investigadores, de la Procuraduría General de Justicia de Aguascalientes, niegan la expedición de copias de actuaciones a los inculpados o sus defensores; también niegan el desahogo de pruebas de descargo, pretextando que son inculpados, o no hay tiempo para su desahogo; todo con el claro fin de limitar la defensa del procesado. Fuente: estadísticas de la Comisión Derechos Humanos de Aguascalientes; <http://www.dhags.org>, 22 de julio de 2004.

²¹ Véanse los artículos 35, 36 y 37 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, del 7 de noviembre de 1996, en la que se otorgan premios o beneficios, a los inculpados que cooperen en la persecución de los demás partícipes; o dentro de nuestro orden jurídico Estatal, esa nueva modalidad de tortura psicológica, que consiste en intimidar a los testigos con la aplicación de una pena, salvo su retractación por falso testimonio, para atenuar la sanción que se establece en el artículo 65 de la nueva legislación penal, de 16 de febrero de 2004, para el caso de que el inculpado, por el delito de Falsedad en Declaraciones, con-

Se concibe al derecho y proceso penal como remedios exclusivos y exhaustivos de cualquier infracción del orden social, de la gran criminalidad ligada a degeneraciones de la sociedad y sistema político, a las menores transgresiones de leyes que, cada vez con más frecuencia, son sancionadas penalmente, por la conocida ineficacia de los controles y sanciones no penales.²² El resultado es un papel de suplencia general de la función judicial respecto de las otras funciones del Estado, con un incremento del número de asuntos penales; lo que amenaza, en forma radical, el papel garantista de la justicia penal, comprometiendo su eficiencia y dirigiéndola hacia formas de derecho penal máximo y autoritario.

La presunción de inocencia se destruye cuando las autoridades realizan ruedas de prensa u otorgan información a los medios de comunicación sobre la detención de una persona por la posible comisión de un delito, el cual es presentado a la sociedad como un delincuente consumado; se prejuzga el estado del proceso, y además se asegura que el inculpado confesó el delito atribuido; y cuando posteriormente es dejado en libertad, se forma la idea social de corrupción en el Poder Judicial, puesto que no se explica cómo el delincuente consumado y confeso ha sido puesto en libertad.

La autoridad judicial valora las pruebas recabadas durante la averiguación previa en forma plena, sin que el inculpado tenga una real posibilidad de defensa, puesto que las primeras probanzas, de acuerdo al principio de inmediatez, tienen mayor valor que las recabadas o rendidas con posterioridad. Concretamente el ejemplo lo es la declaración del inculpado, que puede confesar ante la autoridad ministerial, vestigio del sistema inquisitivo, la cual es valorada por el juzgador, y si el emisor se retracta de sus primeras afirmaciones, por ejemplo alegando la tortura, se le obliga a que demuestre la razón de su retractación, y se argumenta, incluso jurisprudencialmente, que las primeras declaraciones tienen valor porque el inculpado carece de aleccionamiento o reflexiones defensivas; es decir, la Suprema Corte, en ese criterio, acepta que el inculpado ha rendido su declaración sin que haya tenido oportunidad de ser asesorado por su defensor, a pesar de que la misma Constitución ordena que desde el primer acto que se haga en contra del inculpado, éste sea asistido por un defensor; y en forma contradictoria, se otorga valor primordial a esa declaración rendida en la averiguación previa, puesto

fiese el hecho y se retracte de su declaración mentirosa antes de que se pronuncie sentencia.

²² Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 11, p. 562.

que aún no se tiene defensa adecuada y es más factible que el inculpa-
do acepte su responsabilidad, sea o no el autor del delito.

Se sabe que en los separos policíacos, entre el tiempo que transcurre de la detención de una persona, hasta la presentación ante un juez, muchas veces se tortura, y se admite que un detenido que es torturado puede llegar a decir todo lo que sus interrogadores quieren que diga, y sin embargo, con base en lo que haya declarado en esas condiciones, se le puede dictar una sentencia condenatoria que, sin duda, afectará toda su vida en forma grave, pues las leyes y jurisprudencias de nuestro país no desalientan esa práctica, al validar las primeras declaraciones del acusado. Los factores de estos abusos se encuentran en la naturaleza inquisitiva del proceso penal mexicano, el desequilibrio de poderes propiciado por el incremento a las atribuciones de intervención del Ministerio Público, y la falta de técnicas efectivas de investigación.

A pesar de que las normas de nuestro sistema de justicia penal prohíben que la policía ministerial reciba confesiones para ser usadas como prueba, o incluso se les prohíbe establecer declaraciones en sus informes, a éstos no se les resta valor, y rara vez se ha querido interpretar que esa garantía debe extenderse para el efecto de que no puedan realizar interrogatorios a los inculpados. En el transcurso en que el inculpa-
do se encuentra detenido y bajo custodia policíaca, es arrastrado a confesar o identificar a otros supuestos autores. Cuando los agentes presentan al acusado a rendir declaración ante el representante social, nunca le pregunta sobre el trato recibido, ni se asegura de que las declaraciones emitidas se efectúen voluntariamente; en cambio, el órgano investigador permite que los agentes ministeriales se encuentren presentes en la declaración; espera que lo dicho por el acusado coincida con lo plasmado en el informe policial, y si no queda satisfecho, lo reingresa a los separos, para en forma posterior, solicitar de nuevo su declaración.

En nuestro sistema penal, se venera al principio de inmediatez procesal, para otorgar valor probatorio preferente a las declaraciones emitidas frente al sector policial; resultando ilógico que posean mayor credibilidad que las emitidas ante el juzgador, pues sólo ante éste se podría garantizar una verdadera libertad a declarar, si atendemos a que la declaración ministerial se emite en una fase, en la cual la autoridad tiene un poder ilimitado sobre su persona, y es más probable que sea sujeto de abusos de autoridad.

Si bien, en teoría, la confesión no sirve como base para la consignación, y necesita de otra evidencia que no la haga inverosímil; también lo es que las confesiones obtenidas bajo coacción continúan siendo utiliza-

das y valoradas como piezas centrales en la investigación; y los juzgadores, federales o locales, exigen a los acusados que alegan la tortura, la obligación de demostrar esos hechos, violando los principios de presunción de inocencia, y verificación, al revertir la carga de la prueba al imputado, cuando rara vez los médicos que los examinan hacen constar la presencia de lesiones durante la fase inicial del procedimiento, pues se encuentran comprometidos, por razones jerárquicas, al mismo Ministerio Público; además de que en el momento de que el acusado señala haber sufrido agresiones por los agentes investigadores, se está ante la presencia de la narración de un hecho punible, que debería ser denunciado por la persona que tiene conocimiento de ello, ante la autoridad correspondiente.

Cuando un inculpado está detenido ante la autoridad ministerial, se niega su detención, o se indica que no se puede hablar con él porque está retenido en sí y no son horas de visitas, independientemente de que se trate o no de su defensor.

En caso de que exista prueba ilícita, por lo regular la valoración de los poderes judiciales estatal o federal, tiende a restarle eficacia a esa prueba, pero no a desestimar aquellas que se originaron por la primera; contraviniendo a la doctrina del árbol venenoso, internacionalmente aceptada para el efecto de que toda prueba que tenga origen en una ilícita, sea inválida; esto ha sido declarado en casos excepcionales por el Poder Judicial del Estado.

O, si en verdad se cumple con el principio acusatorio, el de verificación y el de presunción de inocencia, donde el Ministerio Público tiene que buscar las pruebas del hecho tal y como sucedió, favorezcan o no al inculpado, y no solamente aquellas que favorezcan la acusación, como ocurre regularmente en la práctica, ¿por qué en nuestro sistema de justicia existe un procedimiento denominado reconocimiento de inocencia?; en este caso, la persona ya fue condenada y se encuentra cumpliendo con su pena, pero se ubican pruebas que no fueron presentadas en el juicio y con las cuales se evidencia que el delito no ocurrió o que el sujeto condenado, a pesar de haber sido declarado culpable, no es el responsable, como se precisa en el artículo 586 de la legislación penal; por lo que con este procedimiento nos damos cuenta que el propio sistema de justicia penal reconoce que uno de sus actores operativos no ejerce sus funciones debidamente, pues acepta que muchas veces no se reciben todas las pruebas que son necesarias para decidir de manera justa sobre la existencia de un delito y la responsabilidad de su autor, sino que sólo se aportan aquellas que provocarán una sentencia condenatoria.

A esos extremos se llegó con la interpretación de nuestra carta magna, que inclusive ha provocado su reforma constitucional para destruir el sistema acusatorio establecido, y darle mayor fortaleza el inquisitivo; por ejemplo, la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación provocó que el 3 de septiembre de 1993 se reformara la fracción II del artículo 20, apartado A, para el efecto de agregar que la confesión podía rendirse ante el Ministerio Público o el juez de la causa; con lo cual se desprende que, en vez de obligarse a la autoridad investigadora a acatar sus deberes constitucionales y respetar las garantías del acusado, se siguió solapando su actuación ilegal, e inclusive, ello se ha elevado a rango constitucional.

Finalmente, ¿por qué se castiga o se debe castigar en realidad?; los fundamentos y fines de la pena en nuestro sistema de justicia los encontramos en los artículos 14, 16, 18, 20, apartado A, fracción X y 22 de la Constitución federal; que contienen una mezcla tanto de la retribución como del utilitarismo: la prisión por sí mismo es un castigo que parte de un principio de justicia absoluta, por lo que estamos ante la postura retribucionista. Por otro lado, el párrafo 2 del artículo 18 constitucional precisa que el sistema de ejecución penal debe sustentarse en el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente; este fin tiende claramente a la prevención y utilización del delincuente, lo que se retoma de la postura utilitarista. Esta mixtura es algo contradictoria, pues es imposible que primero se castigue a un sujeto y luego se quiera readaptarlo; o que incluso se le prive de la vida y a la vez se pretenda readaptarlo.

En síntesis, los fines del subsistema penitenciario son la de neutralización, eliminación, prevailecimiento del orden jurídico, intimidación y resocialización, pues durante el juicio se trata de determinar la culpabilidad del delincuente para imponerle una pena, no solamente para castigarlo, sino también para lograr su readaptación, aunque la realidad nos muestra que se utiliza la acusación pública y la pena con claros fines de justificación social, para tener tranquila a la comunidad, sin cumplir eficazmente con otras funciones de la sanción.

Es aquí donde surge la controversia, pues la resocialización como fin de la pena privativa de libertad dentro del sistema de justicia penal, es un argumento que no se puede sostener, como se refleja en la realidad de un Estado que no implementa los elementos necesarios para lograr tales fines, ya que es imposible readaptar a una persona por las condiciones arquitectónicas, espacio físico, y precaria tecnología de las cárceles, lo que aleja al individuo de la realidad social a la que supuestamente se le debe reinsertar; es el reciclaje de una sociedad que pregona

la igualdad, pero aparta lo feo, lo pobre, lo rebelde y lo criminal. Aunado a que sólo se reforma la persona que así lo quiere y desea; además de que la misma sociedad estigmatiza al delincuente y provoca su aislamiento, de ahí que si la misma comunidad produce su delincuencia, no es el reo el que debe ser resocializado sino la propia sociedad.

Entonces, ¿por qué se mantiene vivo ese sistema inquisitivo en el procedimiento penal?, esto se debe principalmente a una falta de cultura de respeto a los derechos humanos, que mantiene una mentalidad inquisitiva dentro de los actores que componen el sistema de justicia penal, cuando por el contrario, el desarrollo del derecho penal ha buscado lograr ser el instrumento donde más se reivindicuen y respeten esos derechos fundamentales del hombre, al establecer rígidos límites a la actividad de la autoridad. Como lo señala Zaffaroni, la realidad nos muestra que todas las garantías penales naufragan frente a una ley procesal que posibilite la arbitrariedad del Ministerio Público en la averiguación previa, y deja al Poder Judicial como un organismo que parece creado para limitarse a cubrir la mera forma republicana con su participación nominal.²³

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Como lo sostiene Serafín Ortiz,²⁴ en los derechos humanos se encuentra el fundamento de los principios y garantías en materia punitiva; los principios liberales del derecho penal son conquistas sociales que tomaron como base los derechos humanos, para contener los excesos del poder estatal. Sin embargo, estos principios no han sido suficientes para asegurar la correcta impartición de justicia penal, pues en muchas ocasiones se han invocado para cometer injusticias; lo más delicado es que el reconocimiento formal de los principios, da por hecho su aplicación, y en la práctica es más frecuente la violación de esos principios, que su respeto. El resultado es que el discurso y la práctica penal, viajan por caminos diferentes y contradictorios.

Los países latinoamericanos, entre ellos México, tienen una historia penal originada en el modelo inquisitivo; si bien las legislaciones procesales penales de estas naciones, se han ido modificando con la finalidad

²³ Zaffaroni, Eugenio, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (informe final)*, documento final del programa de investigación desarrollado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1982-1986), Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 258.

²⁴ Ortiz, Serafín, *Función policial y seguridad pública*, México, McGraw-Hill, 1998, p. 98.

de que, en mayor o menor medida, adopten un sistema de justicia penal acusatorio, ya sea en forma total o mixta, como sucede en nuestro país; aún no se ha podido desterrar en forma total el proceso inquisitorial en perjuicio del inculpado, pues subsiste en los ordenamientos legales, y, lo más grave, sigue siendo empleado por los sectores operativos del sistema de justicia penal, pues aún arrastran los vicios derivados del tiempo en que se ha empleado ese sistema. Y para muestra, puede ejemplificarse con el supuesto de que existe una fase totalmente inquisitiva, en la cual, un sujeto procesal trabaja como autoridad, recaba pruebas y las valora para determinar el contenido de un hecho, acusa al responsable, y tiene la facultad de recibir una declaración indagatoria del inculpado, que en la práctica es obligatoria y no se utiliza como acto de defensa, sino como medio de obtener una prueba de cargo, teniendo más valor que la comparecencia directa ante la autoridad judicial que declarará su culpabilidad.

El primer sector operativo del sistema de justicia penal es el policial, concretamente el Ministerio Público en compañía de su policía, que decide o selecciona los hechos que ingresaran al juicio. Esta institución, dependiente del Poder Ejecutivo, es la que tiene el mayor poder político en decidir sobre la criminalización de sujetos, los cuales son elegidos por haber cometido conductas de fácil investigación.

Lo que hay que resaltar es que la legislación mexicana y la interpretación que han hecho los tribunales, deja abierta la posibilidad de que se validen las violaciones de derechos humanos en la determinación de sus decisiones. Se siguen manteniendo disposiciones con tendencias inquisitivas, como lo es la regla general de la prisión preventiva, la conceptualización del inculpado como objeto de prueba, y la valoración de su declaración en lo que le perjudica.

El derecho penal deja de ser un instrumento de protección de los ciudadanos, y se convierte en un medio para combatir a los enemigos del Estado,²⁵ nos encontramos en la intervención de un derecho penal que no espera producción de lesiones a bienes jurídicos; renuncia a la imputación individual mediante la inversión de la carga de la prueba; ve con recelo la presunción de inocencia y elimina las garantías individuales, por ser obstáculos para combatir la criminalidad. Los actos se ven legitimados, pues el gobernado se convierte en un enemigo que constituye

²⁵ Jakobs, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Colección de estudios núm. 28, 2004, p. 49; también en Muñoz Conde, Francisco, *El derecho penal del enemigo*, Serie de Conferencias Magistrales, México, INACIPE, 2003, p.25.

una amenaza, y del que solamente se está defendiendo, lo que autoriza a los peores extremos, incluso a poder exterminarlo.

Desde luego es posible eliminar o reducir al máximo las manifestaciones en contra del sistema mediante una limitación preventiva de la libertad de todos: con los tanques en las calles y con policías a la espalda de los ciudadanos, pero también, más moderna y discretamente con micrófonos, cámaras de televisión en viviendas y lugares de trabajo, intervenciones telefónicas y todo el conjunto de técnicas informáticas de control a distancia que hace posible una visión social mucho más penetrante que el carcelario.

En este sentido, el derecho penal no es el único medio de control social, pero sí el más importante para prevenir la violencia y las desviaciones sociales; es posible tolerar sencillamente la desviación cuando se produce o prevenirla haciendo desaparecer sus causas materiales; es posible abolir la reclusión carcelaria y superar los focos antisociales de donde nacen los crímenes mediante garantías jurídico sociales de supervivencia, eliminando la marginación social, el desarrollo de la democracia y la transparencia de los poderes públicos, pero mientras existan tratamientos jurídico punitivos, éstos se justificarán únicamente por el sistema de garantías penales.

El sistema de justicia penal supone entonces un esquema de derechos conferidos a los individuos que les deben ser respetados, y de obligaciones que garantizan la efectividad de los derechos de terceros y la conservación del orden social; esto implica una permisión legal de afectación del individuo por el derecho de los demás, pero respetando su esencia humana y garantías que le protegen.

Nuestro sistema penal necesariamente debe ser reformado, de tal forma que se transfiera el poder y las funciones del Ministerio Público a los órganos jurisdiccionales, para que se realice eficazmente el principal derecho constitucional de los ciudadanos de ser juzgados por los jueces. Esto conllevará a la posibilidad de que los juicios penales se desarrollen plenamente y desde el principio ante los jueces, manteniéndose los procesados en libertad, salvo los casos de delitos muy graves.

Esta reforma implica además una auténtica conversión de los especialistas y de la sociedad en general a partir de la toma de conciencia de que los tintes inquisitorios de nuestro sistema de justicia penal, lejos de contribuir a la seguridad pública, generan desconfianza de la población hacia las autoridades.

La reforma implica no la implementación de un juicio oral, sino de un verdadero sistema acusatorio que acabe con el inquisitivo, para que los jueces dejen de ser parte en los procedimientos penales, y no sean to-

talmente parciales frente al inculpado. Bajo un esquema inquisitivo, la averiguación de la verdad es secreta, e interesa más la decisión justa, que los medios para llegar a ella; el papel de la defensa resulta irrelevante o se le considera como un obstáculo para la marcha del juicio; entonces, el objeto primordial del proceso no es el hecho punible, sino la personalidad criminal del acusado. Así, la separación del juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás. Esta separación comporta no sólo la diferenciación entre los sujetos que desarrollan funciones de enjuiciamiento y los que tiene atribuidas las de postulación —con la consiguiente calidad de espectadores pasivos y desinteresados reservada a los primeros como consecuencia de la prohibición *ne procedat iudex ex officio*— sino también el papel de parte asignado al órgano de la acusación, con la consiguiente falta de poder alguno sobre la persona del imputado. La garantía de la separación, así entendida, representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad del juez respecto a las partes de la causa, que es la primera de las garantías orgánicas que definen la figura del juez; por otra, un presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba, que pesan sobre la acusación, que son las primeras garantías procesales del juicio.²⁶

La averiguación previa o fase inicial del procedimiento penal, es el momento más potestativo de toda la actividad procesal, ya que es donde hay menor saber, supuestamente por la presunción de inocencia, pero mayor poder, por la falta de vigilancia de la autoridad judicial; por ende, para asegurar la separación del juez de la acusación, se necesitan, además, otras específicas garantías procesales, como las relativas a la conducción de la instrucción, la publicidad del juicio, las modalidades del interrogatorio, y las técnicas de formación y refutación de pruebas.²⁷

Por ello, se deben crear normas claras que excluyan del proceso judicial los medios de violación a esos derechos; lo cual se traducirá en un elemento disuasivo para las autoridades que abusan de su poder, pues verían que los juzgadores rechazarán las acusaciones, por que se encuentran basadas en medios originados por vulneraciones a los derechos del acusado, dentro de la investigación.

No basta una reforma legal, por buena que sea, para acabar con ese problema de aplicación de un sistema inquisitivo violatorio de derechos

²⁶ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 11, p. 567.

²⁷ *Ibidem*, p. 582.

humanos; pues se reitera que el sistema acusatorio estaba previsto desde la Constitución de 1917. El sistema inquisitivo debe eliminarse no sólo desde un ámbito legal, sino también del punto de vista valorativo y sociológico de nuestro sistema de justicia. Pero una propuesta de este tipo, siempre será un buen punto de partida para lograr algo positivo.

VI. FUENTES

BURGOA, Ignacio, *Diccionario de derecho constitucional, garantías y amparo*, 6a. ed., México, Porrúa, 2000.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, España, Trotta, 1999.

———, *Derecho y razón; teoría del garantismo penal*, 4a. ed., España, Trotta, 2002.

FIX-ZAMUDIO, Héctor y OVALLE FAVELA, José, *Derecho procesal*, México, UNAM, 1991.

JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Colección de estudios, núm. 28, 2004.

LAVEAGA, Gerardo, “Alcances y límites de la cero tolerancia”, *El Mundo del Abogado*, año 5, núm. 48, abril de 2003.

MORALES BRAND, José Luis Eloy, *El artículo 21 constitucional. ¿Seguridad jurídica en el ejercicio de la acción penal?*, México, Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2002.

———, *Nuevo curso de la parte general del derecho penal*, México, Editorial del Poder Judicial del Estado de Aguascalientes, 2005.

———, “La declaración del inculpado. Medio de defensa o prueba de cargo (eliminación de la prueba de confesión del sistema de justicia penal mexicano)”, tesis, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *El derecho penal del enemigo*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.

ORTIZ, Serafín, *Función policial y seguridad pública*, México, McGraw-Hill, 1998.

PÁSARA, Luis, *Las normas de derechos humanos de origen internacional y el orden interno*, México, Cuadernos de la Judicatura Poder Judicial del Estado de Zacatecas, 2005.

SARRE, Miguel, "La averiguación previa administrativa", *Revista Vínculo Jurídico*, núm. 13, enero-marzo de 1991.

SOSA Y FERNÁNDEZ, *Juicio oral en el proceso penal*, Argentina, Astrea, 1994.

ZAMORA GRANT, José, *La víctima en el sistema penal mexicano*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2002.