

Vigilar y castigar en el nuevo sistema de justicia penal en México

JESÚS IBARRA CÁRDENAS*

Luego de ocho años de preparación (*vacatio legis*), el sábado 18 de junio de 2016 entró en vigor un nuevo sistema de justicia penal. Se sustituye a un modelo procesal predominantemente *inquisitivo* por uno *acusatorio* que supone, entre otras cosas, que cualquier persona será inocente hasta que se demuestre lo contrario a partir de un proceso judicial transparente y con garantías de los derechos de las partes en el juicio. Aunque pareciera un tema exclusivo del derecho y de interés principal para los penalistas, la reforma es radical; implica responder acerca del papel que las prisiones y el sistema penal deben desempeñar en una democracia como la mexicana. En este sentido, el cambio de paradigma que instituye la reforma tiene que ver con apropiarse de la función que cumple el poder “punitivo” del estado en una sociedad democrática: no sólo reducir la violencia de los delitos sino, sobre todo, reducir la violencia —legal— de la reacción frente a los delitos. Es decir, de la reforma de junio de 2008 resultó un programa de derecho penal mínimo —o de jurisdicción penal garantista como lo llama Luigi Ferrajoli— que mantiene un nexo indisoluble entre combate al deli-

- Es profesor investigador del Departamento de Estudios Sociopolíticos y Jurídicos del Instituto de Estudios Superiores de Occidente (ITESO).
- 1. Acerca del modelo de justicia penal garantista de este autor, véase: Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Perfecto Andrés Ibáñez et al., traductores) Trotta, Madrid, 2000. Sobre

to y respeto a los derechos fundamentales de todos los participantes (víctimas, imputados y condenados).

Como es fácil observar, plantear soluciones al problema de la justicia penal tiene implicaciones en múltiples espacios de la vida pública que, en nuestros días, se encuentran afectados por la violencia. La paradoja de la reforma está en haber incorporado un modelo de derecho penal con fundamento ético en un país que históricamente ha utilizado al derecho como instrumento autoritario. Sobre todo luego de que el presidente Felipe Calderón —siguiendo una tendencia mundial— institucionalizara un modelo de *derecho penal del enemigo*,² y del fortalecimiento que se le ha prestado en el actual gobierno de cuño priísta.

En lo que sigue se hace un breve análisis de las características, los problemas y los retos que supone adoptar un sistema de justicia penal acusatorio en las condiciones políticas y sociales que prevalecen en México.

1. LAS PROMESAS DEL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

¿Qué propone el nuevo modelo para minimizar la violencia? Básicamente una serie de garantías que dan vigencia a la famosa tesis de Luigi Ferrajoli sobre la *ley del más débil*. Tesis que el autor italiano presenta como alternativa a la *ley del más fuerte*³ y que consiste en la defensa de la parte más vulnerable en la relación jurídica que corresponda en el proceso penal: en el momento del delito la víctima u

la teoría garantista de Luigi Ferrajoli: Carbonell, Miguel & Salazar, Pedro. *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta / IJ, México, 2005.

2. El concepto “derecho penal del enemigo” es original de Günther Jakobs. Se refiere a las disposiciones normativas que sancionan penalmente conductas a partir de la peligrosidad de sus autores, no de la afectación a algún bien jurídico determinado. Jakobs, Günther. “El derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en *Derecho penal del enemigo* (Manuel Cancio Meliá, trad.), Civitas, Madrid, 2006.
3. En el ámbito penal, como reacciones ante la ofensa, la ley del más fuerte se manifestaría con figuras como la venganza, reacciones arbitrarias de los poderes públicos o informales por parte de factores reales de poder.

ofendido; durante el proceso, el imputado, y en el de la ejecución penal, el reo.⁴ Esto lo tradujo la reforma en un sistema integrado por cinco etapas: preliminar o de investigación; intermedia o de preparación de juicio oral; de juicio oral; de impugnación, y de ejecución de sentencia.⁵ Además, ya existe un Código Nacional de Procedimientos Penales que asegura que todos los mexicanos sean juzgados por las mismas reglas procesales en cualquier parte del país. Hasta marzo de 2014 cada estado tenía su propio código procesal.

Las primeras cuatro etapas del sistema buscan poner en funcionamiento los controles de verdad y falsedad sobre los hechos motivo del caso; se trata de establecer la *verdad fáctica* mediante un razonamiento probatorio que funciona con reglas de la inducción empírica.⁶ Esta es la primera gran diferencia con el modelo anterior, ahora hay una exigente carga de la prueba para el ministerio público, lo cual implica la posibilidad real del acusado de refutar y contradecir las evidencias que presente la acusación (principio de contradicción). Supone para las autoridades de policía y ministerio público el desarrollo de investigaciones rigurosas y exhaustivas en datos que resulten en un material probatorio potente; suficiente para mostrar un número plausible de confirmaciones empíricas de la hipótesis acusatoria, que excluya hipótesis alternativas y desmienta contrapruebas. Desde luego, este esquema implica la paridad entre acusación y defensa, por ello se instituye la figura de juez de control de garantías responsable del debido proceso y la investigación, quien controla los supuestos

4. Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil* (Perfecto Andrés Ibáñez & Andrea Greppi, traductores), Trotta, Madrid, 1999.

5. Una exhaustiva descripción sobre las actividades en cada una de estas etapas en: Corzo, Édgar. *Derechos humanos en el sistema penal acusatorio*, Instituto Mexicano de Derechos Humanos y Democracia, México, 2010.

6. Se trata de la teoría de la verdad como correspondencia con los hechos, perspectiva que se opone a versiones coherentistas de la verdad. Sobre el tema: Tarski, Alfred. "The concept of truth in formalized languages", en Tarski, Alfred (Ed.), *Logic, semantics, metamathematics*, University Press, Oxford, 1936, pp. 152-278; Davidson, Donald. "True to the facts", en *Journal of Philosophy*, núm.66, 1969, pp. 748-764.

de detención, vinculación a proceso, resuelve solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y de actos de investigación como cateos, inspección de personas y documentos, reconstrucción de hechos, etc. En su conjunto, el modelo busca garantizar la *presunción de inocencia*, principio característico y definitorio de un sistema penal acusatorio.

Una figura polémica es la de juicio simplificado o procedimiento abreviado. Opera cuando el culpable acepta su responsabilidad, existen elementos suficientes para corroborar la imputación y la víctima está de acuerdo; entonces, el juez de control convoca a audiencia para resolver en 48 horas y dictar una pena reducida en beneficio del inculpado. Es verdad que este tipo de conciliación entre las partes permite desahogar a los tribunales colapsados por delitos menores; sin embargo, no solo atenta contra el principio de no autoincriminación sino que sitúa al ministerio público en una situación de negociador con ventaja sobre el inculpado (no hay igualdad en la negociación si la libertad del inculpado es el motivo del acuerdo). Aquí, el problema de fondo tiene que ver con hacer disponibles (como en el derecho civil o mercantil) derechos que por definición son indisponibles precisamente por encontrarse en el ámbito penal.⁷ Una pregunta para responder en otro lugar sería si este procedimiento abreviado eventualmente tendría resultados como los planteados en el dilema del prisionero.

Es importante mencionar el papel de la víctima que ahora no se encuentra ausente, como sí lo estaba en el modelo inquisitivo. En el modelo acusatorio la víctima tiene un papel activo y visible, actúa como coadyuvante, cuenta con un asesor jurídico gratuito, puede apelar decisiones del juez de control y del ministerio público (como la no vinculación a proceso del acusado), aporta evidencias si las tiene, solicita que se realicen pruebas, otorga su consentimiento para realizar

7. Agradezco esta reflexión al profesor Josep Aguiló Regla.

un procedimiento abreviado, cuantifica monto de daños y perjuicios, apela decisiones del tribunal en la etapa de juicio oral y, muy importante, demanda la reparación integral del daño de acuerdo con la legislación de víctimas.

Otro principio muy significativo es la oralidad y la publicidad del juicio. Anteriormente, todas las etapas y actuaciones en el proceso se llevaban por escrito, los juicios eran tardados y el juez decidía con las pruebas incluidas en el expediente. En el sistema inquisitivo más de 90% de los condenados nunca conoció al juez que los envió a prisión. En el sistema acusatorio, las audiencias públicas son la mejor garantía contra la discrecionalidad y arbitrariedad en el proceso, ya que los operadores del nuevo sistema se sitúan bajo escrutinio social. Se trasparencia la actuación y argumentación no solo de los jueces que dictarán la sentencia sino también el desempeño del ministerio y del defensor público, del juez de control; se conoce la información obtenida con motivo de la investigación o los datos que eventualmente aporten peritos. La oralidad además garantiza procesos rápidos y respetuosos de los derechos de todos y con un fuerte componente de rendición de cuentas. Ahora bien, esto no significa que desaparezcan documentos escritos y que todas las actuaciones sean orales; continuarán existiendo informes, actas o algunas pruebas cuyo desahogo así lo requiera.

La última etapa del sistema se refiere al estatus del condenado en la prisión. La ejecución de la sanción penal merece especial atención por los antecedentes históricos de control, corrección y represión en las cárceles mexicanas.⁸ Para los que pensamos que las palabras importan, incluso que tienen poderes constitutivos (performativos en la terminología de John Austin), la reforma constitucional de 2008 partió del lugar correcto; consolidó el tránsito de un derecho penal que daba un trato correctivo al condenado a otro que simplemente otorga un trato digno.

8. Un diagnóstico exhaustivo sobre el sistema penitenciario en México: Comisión Nacional de Derechos Humanos. *Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria 2015*, CNDH, México, 2016.

El artículo 18 de la Constitución establece como objetivo de la prisión la “reinserción del sentenciado a la sociedad”. La palabra “reinserción” sustituye a “readaptación” (incorporada en la reforma de 1965-1966) que a su vez ocupó el lugar de “regeneración” (incluida en la Constitución de 1917).⁹ De esta manera, desde la perspectiva del estado, en México las personas privadas de libertad han sido acogidas, primero como degenerados, luego como desadaptados y, ahora, como infractores de obligaciones jurídicas, lo que los sitúa como sujetos de derechos. El que la reforma del verano de 2008 haya abandonado cualquier tipo de pretensión terapéutica o curativa del derecho penal (aplicable a enfermos degenerados o desadaptados) dignifica al condenado en cuanto a que lo sitúa como un sujeto común con derechos y obligaciones. Este giro radical en la finalidad de las prisiones corresponde con el derecho a sobrellevar un trato respetuoso de la autonomía personal del condenado durante la ejecución de la pena. En palabras de Miguel Sarre: “En el concepto propuesto [reinserción] se desplaza el objetivo de la transformación del individuo hacia el marco jurídico en el que deben actuar tanto quienes aplican una pena como quienes la cumplen”.¹⁰ Bajo esta perspectiva, cobra total sentido el que exista una etapa de ejecución de la pena a cargo de un “juez de ejecución” encargado de revisar las condiciones de seguridad carcelarias y el trato digno a las personas privadas de libertad.

En suma, el nuevo andamiaje del sistema de justicia penal promete: eficiencia en los procesos, respeto a los derechos fundamentales de las partes —donde la víctima u ofendido asume un papel activo—, análisis cognoscitivo de los hechos y la investigación, rendición de cuentas de los operadores del sistema, una ejecución digna de la sanción penal. Hasta aquí es evidente la reducción de la violencia por parte del estado al reaccionar contra los sujetos sospechosos de infringir la legislación

9. Los detalles de la evolución del concepto en: Sarre Iguiniz, Miguel. “Debido proceso y ejecución penal, Reforma constitucional 2008”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm.31, 2011, pp. 251-268.

10. *Ibidem*, p.254.

penal. En comparación con el modelo inquisitorio el cambio es cualitativo en cuanto a eficacia y justicia en el nuevo sistema. No obstante, sus detractores afirman que no mejora la seguridad ni reduce los índices de violencia social, y que solo favorece a los delincuentes. Este escepticismo complica sobremedida la instrumentación del nuevo modelo.

2. EL PROBLEMA: LOS PREJUICIOS CONTRA EL NUEVO MODELO DE JUSTICIA PENAL

Repetir viejas prácticas bajo nuevas etiquetas es la gran amenaza. Con todas sus bondades, el problema principal que enfrenta la reforma tiene que ver con su capacidad transformadora; con su potencial para llevar a las prácticas jurídicas las promesas de una justicia penal de vanguardia que hasta el 18 de junio de 2016 seguía en el papel. La reforma no solo cambia disposiciones y procedimientos del ordenamiento penal; genera, sobre todo, nuevos principios de legitimación de los actos de las autoridades participantes del sistema de justicia penal, principalmente policías, ministerios públicos, defensores públicos, peritos y jueces.

Las dificultades de fondo —ahora en la etapa de instrumentación— sobrevienen cuando menos de dos fuentes de violencia legal demasiado normalizadas en México:

- De la expansión del derecho penal y del aparato policial para combatir problemas propios de la política y del mercado (por ejemplo, infracciones fiscales, consumo de estupefacientes o la reparación de daños), situación que ha legitimado al *derecho penal del enemigo* como solución. Perspectiva que se caracteriza por distinguir entre ciudadanos (o personas con derechos) y no personas (o enemigos), estos últimos, al poner en peligro la seguridad de todos, no pueden participar de los derechos de que gozan los ciudadanos.
- Del uso de la prisión como instrumento por excelencia de exclusión y control social —y en no pocas ocasiones de control político—

de sujetos alejados de los parámetros de “normalidad”; cárcel para abortistas, consumidores de drogas, “malvivientes” o vagos, líderes sindicales no alineados, entre otros. La prisión como el “castigo disciplinario” más acabado para “regenerar” a desadaptados y anormales en el sentido que explica Michel Foucault.¹¹

Ambas manifestaciones de violencia legal fortalecen un tópico muy común en el imaginario de la comunidad jurídica: el modelo de justicia penal acusatorio / adversarial garantiza derechos, pero favorece a quien delinque, ya que es poco eficaz en la persecución y el “castigo” de los culpables. Derribar este prejuicio es condición necesaria para cambiar las prácticas jurídicas de una justicia penal que, precisamente por su andamiaje procesal inquisitorio y autoritario, ha sido absolutamente ineficaz para bajar los índices delictivos, como lo ha demostrado Guillermo Zepeda en varios de sus trabajos.¹² Especialmente dos conclusiones muestran el tamaño del prejuicio y los daños que ha causado la apuesta institucional por un modelo inquisitivo:

- *Es ineficaz para atender los delitos de mayor impacto social.* Al no contar con una política criminal centrada en la investigación y el conocimiento riguroso de los hechos, los delitos más sofisticados en su autoría quedan sin atención. Los esfuerzos se concentran en casos de fácil persecución o de escándalo público, los cuales incrementan rápidamente la estadística de detenidos, dando la impresión de mejor desempeño en el combate a la delincuencia. Esto explicaría el aumento exponencial de sentencias condenatorias de menos de tres años en el periodo entre 2006 y 2012, llegando hasta 62% del total

11. Foucault, Michel. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Siglo XXI Editores, Madrid, 1976, pp. 233-314.

12. Destaca: Zepeda, Guillermo. “La política criminal federal 2006-2013: del discurso de guerra contra el narcotráfico a la sobrecriminalización de la posesión y el consumo de narcóticos”, en *Los 43 que marcan a México (Análisis Plural*, segundo semestre de 2014), ITESO, Guadalajara, 2015, pp. 135-155.

de condenas por delitos federales.¹³ También explicaría por qué “75 por ciento de los recursos de las procuradurías y del Poder Judicial está volcado en los casos menores (robos no violentos y daño en las cosas derivados de accidentes de tránsito, principalmente)”.¹⁴

Como cuestión de fondo, el modelo inquisitivo encubre la incompetencia de la policía y del ministerio público para configurar y sostener con evidencias hipótesis acusatorias bajo parámetros de verdad como correspondencia con los hechos, y promueve un modelo de juez decisionista —arbitrario—, no limitado por las garantías procesales del inculpado; por ejemplo, al utilizar la “íntima convicción” como criterio de valoración de las pruebas.¹⁵

• *Criminaliza las conductas de menor impacto social.* A pesar de que la cifra negra de delitos en nuestro país es enorme —solo se denuncia a diez de cada 100—,¹⁶ el sistema penitenciario se encuentra saturado. Mientras en 1994 existía en las prisiones del país capacidad para 88,071 personas y había 86,326 internos, en 2015 la capacidad es para 203,084 personas y hay 254,705 internos, para un déficit de 51,621 lugares, que representan una sobrepoblación de 25.4%.¹⁷ Según los cuadernos mensuales de información estadística penitenciaria nacional, hay cifras alarmantes en algunos de los 389 centros penitenciarios del país; como los centros ubicados en el Estado de México, con 170% arriba de su capacidad; el de Nayarit, con 144.1%; el de Hidalgo, con 91.7%, o el de Morelos, con 80.2%.

13. *Ibid.*, pp. 141–142.

14. Zepeda Lecuona, Guillermo. “¿Están funcionando los juicios orales en México?”, en *Folios* 24, pp. 5–13.

15. Sobre el tema véase: Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón... op. cit.*, pp. 33–90. Específicamente acerca de la crítica a la doctrina de la “íntima convicción” véase: González Lagier, Daniel. *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Fontamara, México, pp. 53–54.

16. La cifra negra se refiere al número de delitos no denunciados o que no derivaron en averiguación previa, en 2015 fue de 92.8% según la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (Envipe) del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (Inegi).

17. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. *La sobrepoblación en los centros penitenciarios de la República Mexicana*, CNDH, México, 2015.

Ante la ausencia de canales institucionales y políticas públicas eficaces para resolver los conflictos sociales, principalmente temas de seguridad pública, se ha recurrido cada vez más a la solución de penalizar cualquier conducta reprochable, a la “última ratio” —así se sigue enseñando en las escuelas de derecho. La expansión del sistema penal es la respuesta más sencilla para los tomadores de decisiones públicas. La consecuencia no solo es la de agravar los problemas sociales sino también la de acentuar el “contagio criminógeno”¹⁸ de las prisiones y de generar una injustificada inflación del derecho penal con todo tipo de infracciones que tendrían que encontrar solución en el ámbito administrativo, civil o de reparación de daños.

Agravar las penas de prisión, convertir más conductas en delitos o aumentar la estadística de detenidos han sido respuestas simbólicas y absolutamente ineficaces de la política ante los impulsos represivos de la sociedad, víctima de la violencia y la inseguridad que se vive en México. El derecho penal máximo, además de ineficaz para limitar la inseguridad pública, polariza la sociedad y violenta los derechos de los acusados.

3. CONSIDERACIONES FINALES. LOS RETOS DE UNA JUSTICIA PENAL QUE NO EXCLUYA NI DISCRIMINE

Sir Bertrand Russell, el famoso filósofo analítico inglés, fue encarcelado en 1918 durante cuatro meses y medio por su activismo pacifista en contra de la Primera Guerra Mundial. Además de señalar que encontró a la prisión en muchos sentidos agradable (según menciona tuvo mucho tiempo para leer y hasta para escribir un libro, *Introducción a la filosofía matemática*), destaca la opinión que nos presenta acerca de sus com-

18. Sobre el tema véase: Waller, Irwin. *Menos represión. Más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2007. Cf. Zepeda Lecuona, Guillermo. “¿Están funcionando...”, *op. cit.*, p.142.

pañeros de cárcel: “No me parecían de ninguna manera moralmente inferiores al resto de la población, a pesar de que, en general, tenían un nivel ligeramente menor de inteligencia, como lo muestra el hecho de que hayan sido capturados”.¹⁹ En el México del siglo XXI puede ser discutible si los prisioneros son moralmente inferiores al resto de la población, lo que es un hecho lacerante es que la gran mayoría son pobres; como afirma Catalina Pérez: “Los datos existentes sobre población carcelaria sugieren que las cárceles de nuestro país alojan una población sospechosamente homogénea: se trata de hombres jóvenes provenientes de sectores económica y socialmente desaventajados”.²⁰

Aún existen contradicciones y deficiencias que tendrán que ser superadas. Es absurda la convivencia entre el nuevo sistema respetuoso con los derechos humanos con el de figuras como la del arraigo (prisión provisional), que permite mantener detenido a un sospechoso hasta por 80 días para investigarlo. También es preocupante el dejar en manos de una policía corrupta y mal preparada tareas de investigación que antes no tenía. Si los jueces empiezan a dejar en libertad culpables ante las deficientes investigaciones y limitadas evidencias de la acusación, el costo de legitimidad del sistema y el desgaste político del Poder Judicial será muy grave; se tendrá la percepción de que las garantías del nuevo sistema solo benefician a los delincuentes.

Todo esto obliga a mejorar todo el sistema de investigación; policías y ministerio público tienen que ser profesionales y rigurosos en sus investigaciones respetando el debido proceso. A su vez, defensores públicos y jueces deben estar capacitados bajo una perspectiva argumentativa del

19. Russell, Bertrand. *Portraits from memory and other essays*, Simon and Schuster, Nueva York, 1969, p.30.

20. Pérez Correa, Carla. “El sistema penal como mecanismo de discriminación y exclusión”, en *Sin derechos. Exclusión y discriminación en el México actual* (Líneas de Investigación Institucionales, núm.1), IJ-UNAM, México, 2014, pp. 143-173.

derecho.²¹ Además de liberar a las cárceles de detenidos sin condena, entre los resultados positivos inmediatos que nos presenta el nuevo sistema encontramos que será más difícil la corrupción en la manipulación y sesgo de pruebas, la alteración pagada de la escena del crimen, o la modificación de dictámenes periciales. En suma, ahora será más difícil utilizar el aparato de justicia penal con fines políticos y particulares; se inicia con una lógica que cambia el equilibrio de fuerzas y que todos debemos fortalecer; de una justicia penal que servía al poder a otra que sirva al ciudadano.

21. Es importante contar con nuevos parámetros de desempeño de este nuevo modelo. La organización México Evalúa presentó en junio de 2016 un modelo de evaluación de la calidad del nuevo modelo de justicia penal que integra siete indicadores: confianza, homicidios, denuncia, trato satisfactorio a víctimas, presunción de inocencia, proceso penal justo, y cárcel digna y segura. Véase: Negrete, Laida & Solís, Leslie. *Justicia a la medida. Siete indicadores sobre la calidad de la justicia penal en México*, México Evalúa. Centro de Análisis de Políticas Públicas, México, 2016.