

REFLEXIÓN SOCIOHISTÓRICA DEL NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN DE LA JUSTICIA PENAL MODERNA. CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JUSTICIA PENAL MEXICANA

José ZAMORA GRANT

SUMARIO: I. *El nacimiento del derecho penal moderno.* II. *Las potestades del Estado versus los derechos de las personas.* III. *La influencia del positivismo criminológico en las políticas de la criminalidad.* IV. *La crítica criminológica y las alternativas democráticas para la justicia penal.* V. *El sistema de justicia penal mexicano actual y su prospectiva.* VI. *Bibliografía.*

I. EL NACIMIENTO DEL DERECHO PENAL MODERNO

La justicia penal moderna y, por ende, el derecho penal, tienen su origen en el advenimiento del propio Estado, en la segunda mitad del siglo XVIII. El Estado nacería como Estado absoluto, y sería el reconocimiento y la incorporación de la igualdad como un derecho en los textos legales lo que daría paso a la formación de una nueva manera de organización jurídica con base, precisamente, en la igualdad. Cualquier análisis del Estado moderno tiene que partir de sus orígenes; esto es, del Estado absoluto, que es precisamente el Estado originario.¹ Esta nueva forma de organización con base en el derecho daría origen a un nuevo tipo de entidad política: la democrática, y con ello, a lo que hoy se reconoce como el Estado moderno.

La igualdad ante la ley impactaría también en la conformación de un nuevo modelo económico de producción: el capitalista, por el cual la moneda circularía libremente, y todos por igual tendrían derecho a trabajar y a quedarse con el producto de su trabajo. Sin duda, la incorporación de la igualdad ante la ley expandiría las libertades.

¹ Bustos Ramírez, Juan *et al.*, *El pensamiento criminológico II: Estado y control*, Bogotá, Temis, 1983, p. 11.

Una nueva forma de organización política y social sentaría, desde entonces, las bases del derecho penal y del sistema de justicia que le opera. El modelo teórico contractualista es el que mejor refleja aquel nuevo orden de cosas; *El contrato social* de Rousseau sería el fundamento ideológico por el que se explicarían también los fundamentos del, para entonces naciente, derecho penal.

En *El contrato social* se explica cómo los derechos naturales, en tanto derechos absolutos, habrían de motivar derechos positivos; los primeros origen y fundamento de los segundos, y éstos, limitantes de aquéllos para hacer posible la vida organizada.

...el hombre pierde su libertad natural y el derecho ilimitado a todo cuanto desea y puede alcanzar, ganando en cambio la libertad civil y la propiedad de lo que posee. ...En el estado natural, en el que todo es común el hombre nada debe a quienes nada ha prometido, ni reconoce como propiedad de los demás sino aquello que le es inútil. No resulta así en el estado civil, en el que todos los derechos están determinados por la ley. ...las leyes no son propiamente sino las condiciones de la asociación civil. El pueblo sumiso a las leyes, debe ser su autor...²

Así, la sociedad organizada bajo la fórmula del contrato requería de un mecanismo que le protegiera. Por ello, delincuente, delito y pena serían producto de la sociedad organizada bajo la fórmula del contrato.³ Siguiendo a Bustos Ramírez, la legitimidad del poder punitivo de ésta se halla en su acta de constitución: “el contrato social”, pero dicho poder estatal se encontraría limitado por la libertad e igualdad de los hombres. Delincuente sería así, quien atentara contra el contrato social; delito sería el atentado contra el contrato social, y la pena, la sanción por tal afectación, y ello es lo que le daría legitimidad.

Es por lo anterior que el derecho penal, desde entonces y hasta la fecha, es una rama del derecho público, en tanto que atiende los conflictos suscitados entre el Estado y las personas, y no del derecho privado. Así, al considerarse un problema de derecho público, la justicia penal excluiría desde entonces a las víctimas de los delitos y dejaría en desventaja a los imputados de delito frente al sistema de justicia penal que los enjuiciaría. Víctimas del delito y víctimas de las violaciones a derechos humanos quedarían a merced

² Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social*, consultado en elaleph.com pp. 19 y ss. <http://www.enxarxa.com/biblioteca/ROUSSEAU%20El%20Contrato%20Social.pdf>.

³ En este sentido, Bustos Ramírez, Juan *et al.*, *El pensamiento criminológico I. Un análisis crítico*, Bogotá, Temis, 1983, p. 30.

de una justicia que, si bien resultaría mucho más humana al apartarse de las variables inquisitivas y absolutistas, dejaría expuestos los derechos de los involucrados a las ya desde entonces fórmulas represivas que se ensañarían a la postre con las libertades personales.

El derecho penal nace para la defensa de la sociedad y de su fórmula de organización; por ello, la comisión delictiva sería de interés público y no del interés de la víctima en particular, razón por la que ni la víctima ni sus derechos interesarían, ni siquiera el de reparación —al menos no desde el ámbito penal—. Si un delincuente reparaba a la víctima, ello no evitaría la sanción, porque lo que se protegía era el interés público, y no el particular.

La influencia del iluminismo, en el para entonces naciente derecho penal, daría lugar a dos grandes corrientes: una de ellas haría énfasis en el racionalismo como un absoluto y en la tendencia a la deducción, lo que resultaría en el estudio del derecho penal como una disciplina autónoma, que tiene sus orígenes en lo que se reconoce como la escuela clásica del derecho penal, y que a la postre se englobaría como el análisis dogmático del delito; esto es, la dogmática penal; la otra corriente retomaría del iluminismo el utilitarismo y pragmatismo, siendo para entonces Beccaria el máximo exponente, corriente que después daría origen a la criminología y, por ende, al análisis criminológico del delito. Ambas corrientes teorizarían, desde su particular enfoque epistémico, respecto al delito, e influirían —también desde sus perspectivas— en la construcción de políticas públicas en la materia, y a la par de la sociedad misma evolucionarían en sus tendencias hacia la construcción de variables más democráticas para la justicia penal.

Luego, el hilo conductor de la evolución de la justicia penal moderna —término en el que se engloban para efecto de este artículo, ambos enfoques de análisis— son sin duda, los derechos fundamentales, en tanto su consolidación motiva una justicia penal más democrática.

II. LAS POTESTADES DEL ESTADO VERSUS LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS

El ejercicio de las potestades públicas, para el caso las punitivas, incide directamente en los derechos de las personas; por ello, los derechos ya no podían ser absolutos, sino limitados; la legitimación del despliegue punitivo, por ende, debía encontrarse al amparo de las fórmulas de la organización social, mediante la protección de los derechos de todos; y precisamente, por incidir en los derechos de las personas, las potestades punitivas se encontrarían también limitadas bajo el argumento legitimante de cubrir la necesidad mis-

ma de hacer posible la vida organizada. Nace así el principio de necesidad, enunciado por Beccaria, para quien el criterio fundamental para la aplicación y medida de una pena es el de su necesidad, por lo que toda pena que vaya más allá de la necesidad de conservar el vínculo entre los hombres será una pena injusta por naturaleza.⁴

Bajo la regla del respeto a los derechos de terceros, se limitan desde entonces los derechos de todos; y cuando las relaciones son de derecho público, como en el derecho penal, que es entre el Estado y las personas, los límites a las potestades punitivas permiten el ejercicio de las libertades de las personas involucradas.

En las relaciones sociales reguladas por el derecho, los derechos de unos implican obligaciones para otros; entre más derechos se tengan, las obligaciones serán mayores para quienes tengan la contraprestación, y viceversa. Así, en las relaciones que derivan del derecho penal; esto es, entre el Estado y los imputados de delito —de derecho público—, las potestades punitivas del Estado restringen las libertades y demás derechos de los imputados, y a la inversa, si las libertades y demás derechos son amplios, entonces se restringirán las potestades punitivas de aquél. Estas relaciones del derecho son, entonces, inversamente proporcionales, y cuando se trata de las relaciones que derivan del derecho penal, el aumento de las potestades punitivas se traducirá, de manera inversamente proporcional, en la restricción de derechos de los imputados de delito. Por el contrario, el aumento de derechos y libertades para los imputados de delito se traducirá en un recorte, inversamente proporcional también, de las potestades punitivas.

Esta fórmula inversamente proporcional, desde el advenimiento del Estado y del derecho en la modernidad y hasta la fecha, ha generado la gran interrogante de cuánto deben restringirse las libertades y, por tanto, hasta dónde deben llegar las potestades punitivas. El devenir histórico del derecho penal moderno y de las políticas públicas de la criminalidad que le han operado reflejan que desde sus inicios y hasta la fecha nunca se ha alcanzado homogeneidad en los criterios de cuánto deben restringirse los derechos y libertades de los imputados en lo particular y de los involucrados en la justicia penal en general; sin embargo, sí ha habido una constante difícil de revertir: la insistencia hacia variables represivas que aumentan las potestades punitivas del Estado y restringen sobremanera las libertades y demás derechos de los involucrados, para lo cual la justicia penal —y el propio

⁴ César Beccaria, hacia 1764, en su obra *De los delitos y de las penas*, expresa esta intención de manera clara. Tomado de la traducción de Juan Antonio de las Casas de 1774, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 216 y ss.

Estado— han debido buscar la manera de legitimarlo, y en ello también se detecta una constante: el argumento que apela a la necesidad de reforzar las capacidades punitivas, en tanto que el delito y sus formas comisivas violentas se han incrementado; argumento que lleva a creer que aumentando la fuerza punitiva se podrá combatir de mejor manera al delito y, por lo tanto, éste disminuirá. Sin embargo, en todo el devenir histórico del derecho penal moderno, esto no ha ocurrido; al contrario, por muy legítima que sea la violencia utilizada para combatir al delito —que es violencia también— sólo ha dado como resultado el aumento de violencia en todos los sentidos. Así, la historia del derecho penal moderno también se ha traducido, sin duda, en una colección de legitimaciones por las que el propio Estado ha encontrado la manera de mantener e incluso agravar sus potestades punitivas.

Es precisamente esta variable inversamente proporcional de ejercicio de derechos y potestades la que permite de alguna manera evaluar el desarrollo democrático de la justicia penal en un contexto histórico y geográfico determinado, lo que seguramente será reflejo además, del desarrollo democrático de un modelo de nación.

El también naciente modelo de organización democrática sería más un anhelo que una realidad en los albores de la modernidad, y la justicia penal no fue la excepción, sino el reflejo de un estado de cosas; la democracia era incipiente y habría de evolucionar hasta lograr su aún eventual madurez; la justicia penal correría la misma suerte.

Luego, la justicia penal evoluciona de la Inquisición hacia la democracia, en tanto abandona las políticas represivas que aumentan las potestades punitivas y expande las libertades de las personas a las que directa o indirectamente involucra. Es esta variable, sin duda, una unidad de medición de desarrollo democrático y presupuesto de cualquier ejercicio comparado, que permita contrastar modelos y grados de evolución democráticos de los modelos de justicia penal de la fórmula occidental.

El advenimiento de la modernidad y un derecho penal mucho más humanitario sólo significó un cambio de paradigma en el Iluminismo clásico; sin duda un “parteaguas” en la historia del derecho penal o de sus equivalentes en las etapas premodernas de los modelos de reacción pública en el Estado absoluto. Pero sólo se trataba del inicio de un nuevo paradigma ahora basado en la igualdad ante la ley; la influencia de los modelos que se dejaban atrás y, peor aún, las tendencias insistentes de regresión a las variables inquisitivas propias de aquel modelo absoluto serían una constante en el devenir histórico de la justicia penal de la modernidad. A la par de ello, otra variable habría de incidir de manera importante en este atropellado camino hacia variables más democráticas para la justicia pe-

nal: las desigualdades económicas, y por tanto el desigual acceso a las oportunidades y a los derechos básicos, lo cual motivaría una vulnerabilidad más ante las vastas potestades punitivas del Estado; la justicia penal se ensañaría así contra los más vulnerables, convirtiéndose en un ente eminentemente discriminador.

III. LA INFLUENCIA DEL POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO EN LAS POLÍTICAS DE LA CRIMINALIDAD

A la par del desarrollo y evolución del Estado moderno y de la justicia penal, para efectos de lo que aquí se argumenta, evolucionaría el pensamiento mismo; esto es, la teoría social, que encontraría y ofrecería nuevas, aunque no necesariamente mejores, maneras de explicación de las sociedades y de sus formas de integración y de evolución, principalmente.

El advenimiento del positivismo hacia el fin de la primera mitad del siglo XIX sería un claro ejemplo de ello: la influencia de este modelo de pensamiento se haría evidente en muchos ámbitos de la teoría social, y más aún en prácticas y políticas públicas, de una manera abrumadora. El derecho penal y la criminología no serían la excepción; de hecho, el surgimiento de la criminología como una disciplina pretendidamente científica se daría precisamente bajo esta influencia, y si bien las variables penales y criminológicas irían cambiando paulatinamente, lo cierto es que después de casi siglo y medio la influencia del positivismo en las aportaciones actuales de la criminología, pero sobre todo en las políticas públicas de la criminalidad y en las formas de estructurar los procedimientos penales, es por demás evidente.

Si bien el positivismo como modelo de pensamiento pretendía superar, como el propio Comte lo afirmó, los modelos metafísicos de pensamiento, lo cierto es que el propio modelo comtiano terminó por ser un planteamiento metafísico.⁵ Esta paradoja fue el resultado de pretender que la sociología siguiera exactamente las mismas inercias que las ciencias que identificamos como exactas, tales como la biología y la física, por ejemplo. Así, lo positivo es sinónimo de lo real, en oposición a lo quimérico.⁶ En su teoría de los tres Estados, Comte afirma que las sociedades han evolucionado en tres grandes etapas, atendiendo a cómo los seres humanos han explicado los fenómenos de la naturaleza, y el último estado o nivel es el positivo, en el cual el hombre encontró la manera de explicar científicamente los fenómenos de la natu-

⁵ Bustos Ramírez, Juan, *El pensamiento criminológico I. Un análisis crítico*, op. cit., nota 3, p. 34.

⁶ *Ibidem*, p. 32.

raleza, sin acudir a verdades absolutas ni a entes abstractos. La explicación científica derivaba, como hasta ahora, de la observación y experimentación de los fenómenos de naturaleza; pero al considerarse a la sociología exactamente en los mismos parámetros, entonces los fenómenos sociales también podrían explicarse de la misma manera, y Comte así lo sostuvo. La interpretación comtiana, sin embargo, centró la exposición de ese proceso científico en lo que reconocemos como ley o principio de causalidad, al explicar que los fenómenos de la naturaleza se regían por leyes naturales que, en cuanto tales, eran invariables⁷; luego, la observación y experimentación constante de los fenómenos permitiría encontrar aquella ley de naturaleza que lo explicaría, por consistir en el nexo causal entre el fenómeno y su causa. Así, si se conoce la ley de naturaleza que rige un fenómeno determinado y ésta en cuanto tal es invariable, entonces ese mismo fenómeno siempre estaría regido por las mismas leyes, y por lo tanto dependería de las mismas causas, lo cual lo haría predecible. Conocer para prever y prever para proveer, sería el apotegma de esta ecuación: si se conociera la ley que rige a un fenómeno determinado, se anticiparía su aparición, al identificar las causas, y se podría actuar en consecuencia.

Esta fórmula sin embargo, sería aplicable a los fenómenos sociales, en tanto para Comte, la sociología era una ciencia más, como las demás aceptadas en la comunidad científica desde siglos atrás, y en ello radicaría la paradoja del modelo. Hoy día la teoría social tiene muy claro que los fenómenos sociales, a diferencia de los naturales, no son invariables. Por el contrario, al estar siempre presente la voluntad de las personas, los fenómenos no se pueden anticipar con exactitud; pretender, como lo hizo el positivismo, que los fenómenos sociales se rijan por las leyes invariables de naturaleza, sería entender la realidad como un absoluto y a las verdades también como invariables y, por ende absolutas, y ello no puede más que ser un planteamiento metafísico.

La evolución de la teoría social superaría tal paradoja, por supuesto; sin embargo, el impacto de la influencia del modelo positivista en las variables criminológicas y de justicia penal servirían de sustento a políticas públicas represivas desde entonces y hasta el día de hoy.

Analizar el fenómeno social delito implicaría, desde la óptica del positivismo criminológico, pretender encontrar la ley invariable de naturaleza que le rige, y con ello anticiparse al mismo; esto es, prevenirlo. Otras variables de la ideología positivista, además, impactarían en argumento crimi-

⁷ Ritzer, George, *Teoría sociológica clásica*, 3a. ed., trad. de María Teresa Casado Rodríguez, México, McGraw-Hill, 2007, pp. 110 y ss.

nológico de la época, a saber: la pretendida objetividad del conocimiento y principalmente, la visión microsociológica —individualista— en el análisis del fenómeno social en concreto; esto último referido al objeto de estudio: el individuo, para el caso, el hombre delincuente. Esta última variable llevaría a pretender encontrar las causas de los fenómenos sociales en las personas, y por lo tanto en las razones criminológicas, en el delincuente. Ésa sería la razón de ser de la teoría del *L'uomo delinquente* de Lombroso.⁸

En suma, si las razones del delito son absolutas, entonces las causas del delito siempre serán las mismas, y sería así como el modelo explicativo del positivismo criminológico encontraría en el hombre delincuente la causa determinante del delito, y para el modelo, siempre sería así; luego, debió desconocerse el libre arbitrio en el delincuente nato, que, por lo tanto, no sería igual al resto de los hombres *normales*, no nacidos delincuentes. Así, al desconocerse el libre arbitrio para unos —nacidos delincuentes— se negaría la igualdad que tanto trabajo había costado conquistar unos pocos años atrás, y sería la ciencia el pretexto de ello, y también su legitimación. Con tal fundamento, no podría tratarse igual a los que para entonces se reconocerían como diferentes, de categoría inferior; aquéllos, los delincuentes que no tendrían libertad en su actuar, y por ende estarían determinados a delinquir, se pretendió anularlos, y para ello, revigorizar la potestad punitiva sería indispensable: penas de muerte, cadenas perpetuas y negación del principio de materialidad, serían la constante de esta lamentable influencia. Se crearían estereotipos de los hombres delincuentes, a quienes debería aprehenderse, neutralizarse y anularse, antes de lo que irremediablemente —se afirmó— sucedería: la comisión delictiva. Las apariencias, el aspecto y, en general, las definiciones creadas para el estereotipo del hombre delincuente, generaría una serie interminable de procesos de discriminación respecto de los diferentes, los de características peligrosas, una sociedad para entonces dividida entre buenos y malos, según las leyes y sus políticas, donde las políticas de la criminalidad estarían diferenciadas para unos y para otros; no muy diferente a lo que se fundamenta en la actualidad bajo lo que se ha denominado derecho penal de dos velocidades o derecho penal del enemigo, en palabras de Zaffaroni:⁹

La esencia del trato diferencial que se depara al enemigo consiste en que el derecho le niega su condición de persona. Sólo es considerado bajo el aspecto de ente peligroso o dañino. Por mucho que se matice la idea, cuando se propone distinguir entre ciudadanos (personas) y enemigos (no per-

⁸ Obra de 1876.

⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, México, Ediciones Coyoacán, 2007, p. 19.

sonas), se hace referencia a humanos que son privados de ciertos derechos individuales en razón de que se dejó de considerarlos personas.

Bajo esta influencia se arraigaron los procesos penales inquisitivos, aún con algunas mixturas respecto de variables más democráticas; procesos en los que se priorizarían los intereses punitivos sobre las libertades personales, y en los que se pretendería encontrar —en congruencia con las definiciones criminológicas de la época— el delito en el delincuente, quien tendría la carga de la prueba, y padecería la peor parte de un latente y legitimado desequilibrio procesal.

Los procesos penales inquisitivos mixtos se arraigarían en el devenir de las décadas y hasta la fecha, generando aquellos procesos discriminatorios tan evidentes, que dejarían en prisión a los más vulnerables, a los de pocas posibilidades de defensa, a los diferentes, a la gente marginada: la carne de cañón de la justicia penal; los chivos expiatorios.

Las mixturas sólo alejarían o acercarían la justicia penal a variables más democráticas, pero la esencia al final sería la misma, hasta el advenimiento de los modelos acusatorios, de cuyo análisis sin embargo, aquellos rasgos característicos de influencia positivista aparecerán arraigados, como instituciones de lo penal, de difícil erradicación; por ejemplo, la fórmula procesal de la reincidencia.

IV. LA CRÍTICA CRIMINOLÓGICA Y LAS ALTERNATIVAS DEMOCRÁTICAS PARA LA JUSTICIA PENAL

La influencia del positivismo, no sólo arraigada en las políticas públicas de la criminalidad —de toda índole—, sino en la teoría criminológica misma, aun con el advenimiento de nuevos y mejores modelos de teoría social, motivaron el nacimiento de un movimiento teórico crítico hacia la segunda mitad del siglo XX. La criminología crítica, también reconocida como “de la reacción”, influenciada por modelos de teoría social diferentes, como el interaccionismo simbólico¹⁰ y el marxismo, enfocaría sus esfuerzos en evidenciar aquellos procesos discriminatorios y represivos, que por la influencia positivista se habían arraigado en la justicia penal por lo menos un siglo.

¹⁰ El interaccionismo simbólico es un modelo de teoría social, por el que se afirmó que la realidad era socialmente construida, y por lo tanto todas las realidades son relativas y no absolutas, como también las verdades. En este proceso de interacción simbólica, lo que prima es el estímulo y la reflexión, bajo el supuesto de que las verdades son reflexionadas, y ello a su vez determinará la conducta de las personas. La obra que dio origen a este modelo de pensamiento es *Espíritu, persona y sociedad* de George H. Mead, de 1906.

Se habían encontrado ya modelos explicativos de la realidad social apartados de aquellas variables absolutistas de origen metafísico y, por ende, explicaciones diferentes de los fenómenos sociales mismos, incluyendo los delictivos.

A la par de la evolución del pensamiento, en las realidades colectivas se agravaría la conflictividad social, ya que por un lado las diferencias sociales se acrecentaban tanto por la desigualdad económica y de acceso a la riqueza y a las oportunidades como por la diversidad con la que las comunidades de aquella segunda mitad del siglo pasado se integrarían; desigualdades económicas y diferencias socioculturales que harían las relaciones sociales más complejas y de alta conflictividad. Nuevamente la apuesta para limitar los altos niveles de conflictividad sería la revigorización de la potestad punitiva, que aparecería como la alternativa de las políticas públicas para satisfacer las necesidades de control; pero la crítica estaba planteada, y las alternativas teóricas no tardarían en aparecer.

Este movimiento crítico cambió el objeto de estudio; esto es, dejó de estudiar al delincuente, y en lugar de ello estudiaría a la reacción al delito. De ahí que este grupo de teorías criminológicas también se les identifique como teorías de la reacción. El objeto de estudio sería el propio sistema de justicia penal y las instancias que le conforman y le operan, al ser éstas las que reaccionan al delito; sin embargo, no sólo ellas, sino también la sociedad misma sería objeto de estudio en tanto sus formas de reacción. El cómo de la reacción sería la pregunta a contestar, y los resultados evidenciarían el cúmulo de violaciones a los derechos humanos que los involucrados en la justicia penal sufren, principalmente víctimas e imputados.

Entre los resultados más contundentes, sin duda, se encuentran las aportaciones del modelo criminológico del etiquetamiento, que evidenciaría la manera en la que todo el proceso de imputación y deslinde de responsabilidad penal impactaba en las personas imputadas a manera de etiquetas, que estigmatizan a las personas y motivan procesos de discriminación, desde el propio sistema de justicia penal y desde la sociedad misma, pero motivada por la reacción institucional al delito. Por este modelo también se concluiría que los largos procesos y las interminables sentencias generarían la asimilación de la etiqueta por la persona etiquetada, que terminaría actuando de conformidad con ella.

Esta corriente crítica de la reacción también desvelaría cómo los intereses de grupos hegemónicos en juego estarían siempre privilegiados, y cómo el derecho penal podría aparecer como un instrumento parcial favoreciendo aquellos intereses en detrimento de los más vulnerables. Serían las teorías criminológicas del conflicto las que desarrollarían análisis encaminados a

identificar los desequilibrios en los conflictos, partiendo de la tesis de que los conflictos sociales son inevitables, pues es natural que en las sociedades haya conflictos merced a la diversidad de intereses que conforman las cada vez más plurales sociedades contemporáneas.¹¹ El modelo sociológico del conflicto afirmaría que, más que evitar los conflictos, hay que regularlos para nivelarlos, porque el problema de los mismos son las diferencias de poder, que hacen que unos cuantos se impongan sobre el resto. Sería precisamente esta influencia, por ejemplo, la que soportaría en mucho la esencia del modelo garantista penal, que aparecería como una alternativa democrática a las variables inquisitivas de aquella justicia penal de corte positivista arraigada para entonces en los modelos occidentales.

La crítica criminológica y al derecho penal¹² de principios de la segunda mitad del siglo XX motivaría el surgimiento de modelos teóricos con propuestas de alternativas para aquellas desveladas violaciones a los derechos humanos desde la justicia penal. Así, tres grandes corrientes surgirían hacia las décadas de los setenta y ochenta, con tendencias —y también propuestas— más democráticas para la justicia penal; estas corrientes son: *garantismo penal*, *realismo de izquierda* y *abolicionismo penal*. Todas ellas surgirían en contextos geográficos y culturales distintos, pero tendrían en común sus expectativas democráticas de protección de los derechos humanos de los involucrados en la justicia penal.

Sería el *garantismo penal* el correspondiente a la tradición jurídica mexicana por su origen en el contexto latino de Europa, principalmente Italia y España.¹³ El *garantismo penal* retomaría los principios garantistas del Iluminismo clásico, los desarrollaría, ampliaría y sistematizaría. Ferrajoli,¹⁴ sin duda uno de los principales referentes de este modelo teórico, fincaría su modelo garantista en diez axiomas por los cuales sustenta las razones del derecho penal: cómo y por qué tipificar, castigar, y cómo y por qué juzgar. Por este conjunto de axiomas se pretendería equilibrar las fuerzas en el conflicto mismo que

¹¹ En palabras de Pavarini “...ella —la sociedad— se funda sobre las coerciones de algunos de sus miembros sobre los otros”. Pavarini, Massimo, *Control y dominación. Teorías hegemónicas burguesas y proyecto hegemónico*, 8a. ed en español, trad. de Ignacio Muñagorri, México, Siglo XXI, 2003, p. 138.

¹² Al efecto se sugiere la lectura de la obra de Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica al derecho penal*, 4a. ed. en español, traducción de Álvaro Bunster, México, Siglo XXI, 1993.

¹³ Zaitch Damián y Sagarduy, Ramiro, “La criminología crítica y la construcción del delito: Entre la dispersión epistemológica y los compromisos políticos”, *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, año 1, núm. 2, segundo semestre de 1992, Buenos Aires (s.e.), pp. 43 y ss.

¹⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al., Madrid, Trotta, 1995, pp. 92 y ss.

es el proceso penal, donde la fuerza del Estado suele ser mucho mayor que las posibilidades de defensa de los imputados y de acceso a la justicia de las víctimas. Los procesos penales acusatorios derivarían principalmente de esta influencia, por la que se fincaría la carga de la prueba para el que acusa y la presunción de inocencia. Así, por principios y derechos en la justicia penal de esta influencia, se pretendería equilibrar la justicia para lograr la igualdad de armas. Principios y derechos en favor de las personas involucradas: víctimas e imputados y restricciones a las potestades punitivas mediante las exigencias de lo que también se identificaría como “debido proceso penal”.

El *abolicionismo penal*, por su parte, propio de los Países Bajos en Europa, partiría del presupuesto de la lisa abolición de la justicia penal,¹⁵ en tanto el delito es sólo una definición de política criminal y, por ende, una mera construcción.¹⁶ En palabras de Christie:¹⁷

El delito no existe. Sólo existen los actos. Estos a menudo reciben diversos significados dentro de los diversos contextos sociales. ...el delito no existe hasta que haya pasado a través de algunos procesos de creación de significado altamente especializados, y en los casos típicos, terminar como hechos certificados por los jueces penales como un tipo particular de actos no deseados llamados delitos. El delito es uno, pero sólo uno, dentro de los numerosos modos de clasificar los actos deplorables.

Las alternativas planteadas por las teorías abolicionistas propondrían como alternativa regresar el conflicto a la víctima a quien se le había expropiado por el derecho penal; en tanto es la principal protagonista, lo que supondría implementar mecanismos de composición propios del derecho civil.

Si bien la abolición del sistema de justicia penal podría parecer una utopía, lo cierto es que al paso de las décadas las posturas abolicionistas han ido poco a poco ganando terreno, en tanto sus planteamientos y propuestas han ido permeando no sólo en su contexto cultural, sino en el de la tradición latina. Así, todas las posibilidades de negociación del conflicto por las víctimas con sus agresores son alternativas democráticas que incrementan los derechos de éstas por sobre los intereses punitivos de la propia justicia penal. Tendencias que contrastarían con el monopolio de la acusación y de la persecución de los delitos, que en los modelos de mixtos inquisitivos siempre perseguían de oficio toda conducta punitiva.

¹⁵ Zaitch, Damián y Sagarduy, Ramiro, *op. cit.*, p. 33.

¹⁶ Lo que evidencia la influencia del interaccionismo simbólico y de la visión constructivista de la realidad social.

¹⁷ Christie, Nils, *Una sensata cantidad de delito*, trad. de Cecilia Espeleta y Juan Iosa, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008, p. 9.

Finalmente, los realistas de izquierda, propios del contexto anglosajón, a diferencia de los abolicionistas, que hicieron énfasis en el delito como una construcción de la política criminal, centraron su modelo en la concepción del delito como una realidad. Para ellos el delito

...no una mera etiqueta sino el producto de la brutalización, el individualismo competitivo, algo determinada; no una actividad de gente viviendo en el ocio sino en el mundo del trabajo; no algo sólo mistificado por las estadísticas y la ideología, sino reflejando necesidades reales, miedos justificados, contradicciones históricas; no una auténtica expresión del pluralismo sino un acto que dañaba directamente intereses más o menos consensuados (vida, propiedad, etc.); no un ataque contra los poderosos sino una actividad en gran medida intra clase en su objetivo, impacto y distribución.¹⁸

Una definición del delito desde esta perspectiva realista de izquierda no puede aceptar el estudio del fenómeno criminal desde los intereses de clase, por lo que como postura teórica se erige en contra de la definición legal de delito, la que siempre ha estado ligada, afirman, a que la etiqueta de delito haya sido oficialmente impuesta sobre la conducta, por las agencias autorizadas, por lo que redefinen al delito como una violación a los derechos humanos. Para los realistas de izquierda, en consecuencia, el delito tiene dos binomios: el del delito, que incluye a la víctima y al delincuente, por un lado y el de su control, que incluye a las acciones y a las reacciones; esto es, control formal e informal,¹⁹ elementos que conforman un referente metodológico para el estudio del delito.

Los argumentos realistas centrarían sus propuestas en un aumento en la inversión de la política social y una disminución de la política criminal; ello bajo la crítica de que la apuesta siempre es al revés, y de que el incremento en la inversión a las políticas de la criminalidad siempre lleva aparejada una reducción de las políticas sociales. El sistema penal no es la única ni la mejor forma de combatir al delito.

V. EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL MEXICANO ACTUAL Y SU PROSPECTIVA

Aquella tendencia hacia variables represivas, de la que se habla en el segundo punto de este documento, ha ofrecido en el devenir histórico del derecho

¹⁸ Zaitch, Damián y Sagarduy, Ramiro, *op. cit.*, p. 39.

¹⁹ Young, Jock y Lea, John, *¿Qué hacer con la ley y el orden?*, trad. de Martha B. Gil y Mariano A. Ciafardini, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, pp. 9 y ss.

penal en la modernidad, una serie de elementos que es necesario identificar, pues si bien se trata de una tendencia a lo represivo, por un lado, por el otro es también evidente el proceso evolutivo que la justicia penal moderna, aún a pasos muy lentos, muestra hacia variables democráticas, y que no se puede negar. Esta ambivalencia, de sí contradictoria, es reflejo del contrapuesto derrotero que la propia justicia penal ha sufrido en el devenir histórico del derecho penal y de las políticas de la criminalidad que le operan; ello resulta muy evidente en el contexto nacional también. Así, es indudable el incremento de tipos penales y el crecimiento significativo de las sanciones penales, reflejado principalmente en la extensión del número de años de privación de libertad en los presupuestos sancionatorios de cada tipo penal, así como el aumento de las modalidades comisivas, siempre creadas como agravantes a las sanciones base. Todo lo cual es muestra indiscutible de la tendencia represiva que el sistema de justicia penal sigue sufriendo, y que en la lógica de lo argumentado se traduce en restricciones de los derechos de los involucrados, para el caso, los imputados de delito y los sentenciados condenatoriamente. Por otro lado sin embargo, hay muestras de tendencias democráticas para la justicia penal, cuando se han incrementado los derechos de los imputados, y que se engloban en el debido proceso penal y en la incorporación de derechos para las víctimas de los delitos, tendencias que sin duda amplían las libertades y derechos de los involucrados en detrimento —inversamente proporcional— de las potestades punitivas del Estado, que para el caso se muestran más restringidas.

Un ejemplo claro de esta ambivalencia es sin duda la reforma en materia judicial de 2008, que al transformar el modelo procesal hacia variables acusatorias dio un gran paso hacia formas más democráticas para la justicia penal, en tanto el modelo procesal acusatorio en cuanto tal supone restricciones mayores a las potestades punitivas del Estado y aumenta los derechos de los involucrados, principalmente imputados de delito y víctimas, frente a la justicia penal. Sin embargo, la reforma implicó también preservar bastas potestades punitivas en materia de delincuencia organizada, lo cual sin duda no se corresponde con las expectativas democráticas de la justicia penal mexicana, fórmulas como el arraigo son un claro ejemplo de ello.

La transformación procesal del derecho penal hacia variables acusatorias, en México, será sin duda un avance importante en términos de derechos fundamentales, pues a diferencia de los procesos de corte inquisitivo, aun con todas sus mixturas, los procesos de naturaleza acusatoria no buscan el delito en el delincuente, centrando sus esfuerzos en lograr una justicia equitativa, en el que se logre el esclarecimiento de los hechos, que el culpable no quede impune, que se garantice la absolución para el inocente y la

reparación para las víctimas, como lo prevé la Constitución federal en su artículo 20.

La reforma en materia de derechos humanos de 2011 es sin duda otra muestra que evidencia esta evolución hacia variables más democráticas del Estado mexicano, y que también impacta en las variables de la justicia penal, principalmente por la incorporación en el artículo primero del principio de interpretación conforme y el pro persona, por lo que el abanico de protección de los derechos humanos de las personas, donde el ámbito de la justicia penal no es la excepción, se ha ampliado considerablemente.

La justicia penal mexicana enfrenta sin embargo, como muchos países, problemas de pobreza y marginación social y económica; la desigualdad social es un detonante de la conflictividad social, y sin duda, las políticas públicas en materia de criminalidad, como ya se afirmó, no son la mejor vía para solventarlos; luego, el reto no estriba sólo en mejorar la justicia penal, expandiendo los derechos de los involucrados y restringiendo las potestades punitivas del Estado, sino que es necesario atender estas desigualdades sociales, mejorar el acceso a bienes y servicios y a satisfactores esenciales de vida; esto es, lograr un desarrollo democrático integral, donde las instituciones de tal cualidad contribuyan a la paz y al bienestar social. Para Nils Christie,²⁰ la idea es simple:

Las sociedades occidentales enfrentan dos problemas principales: la distribución desigual de la riqueza y la distribución desigual del acceso al trabajo remunerado. Ambos problemas pueden dar lugar a disturbios. La industria del control del delito está preparada para enfrentarlos: provee ganancias y trabajo al mismo tiempo que produce control sobre quienes de otra manera perturbarían el proceso social.

Son estas variables las que permitirán evaluar a futuro, corto, mediano y largo plazo, el desarrollo evolutivo de la justicia penal —también la mexicana—, en la expectativa de que su crecimiento y consolidación democrática redunde en una justicia más justa y más correspondidas con los anhelos de la actualidad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica al derecho penal*, 4a. ed. en español, traducción de Álvaro Bunster, México, Siglo XXI, 1993.

²⁰ Christie, Nils, *La industria del control del delito ¿La nueva forma del holocausto?*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007, p. 21.

- BECCARIA, César, *De los delitos y de las penas*, trad. de Juan Antonio de las Casas de 1774, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan *et al.*, *El pensamiento criminológico I. Un análisis crítico*, Bogotá, Temis, 1983.
- *et al.*, *El pensamiento criminológico II: Estado y control*, Bogotá, Temis, 1983.
- CHRISTIE, Nils, *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007.
- , *Una sensata cantidad de delito*, trad. de Cecilia Espeleta y Juan Iosa, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Madrid, Trotta, 1995.
- MEAD, George, *Espíritu, persona y sociedad*, trad. de Florial Mazía, Barcelona, Paidós, 1973.
- PAVARINI, Massimo, *Control y dominación. Teorías hegemónicas burguesas y proyecto hegemónico*, 8a. ed. en español, trad. de Ignacio Muñagorri. México, Siglo XXI, 2003.
- RITZER, George, *Teoría sociológica clásica*, trad. de María Teresa Casado Rodríguez, 3a. ed., México, McGraw-Hill, 2007.
- YOUNG, Jock y LEA, John, *¿Qué hacer con la ley y el orden?*, trad. de Martha B. Gil y Mariano A. Ciafardini, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, México, Ediciones Coyoacán, 2007.
- ZAITCH, Damián y SAGARDUY, Ramiro, “La criminología crítica y la construcción del delito: entre la dispersión epistemológica y los compromisos políticos”, *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, Buenos Aires, año 1, núm. 2, segundo semestre de 1992.